UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DANS LA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 26 février 1947

PAR

Michel VASSEUR

JURY

Président : M. Joseph HAMEL : Professeur, membre de l'Institut.

Suffrageants : M. Jean ESCARRA : Professeur.
M. Léon MAZEAUD : Professeur

PARIS

Editions ROUSSEAU & Cie

— 14, RUE SOUFFLOT —

1949

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DANS LA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 26 février 1947

PAR

Michel VASSEUR

JURY

Président : M. Joseph HAMEL : Professeur, membre de l'Institut.

Suffrageants : M. Jean ESCARRA : Professeur.
M. Léon MAZEAUD : Professeur

PARIS

Editions ROUSSEAU & Cie

— 14, RUE SOUFFLOT —

1949

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MEMOIRE DE MON PÈRE.

A MA MÈRE.

Nous exprimons à M. le Professeur HAMEL notre profonde et respectueuse gratitude, d'avoir bien voulu accepter la présidence de notre thèse. Nous l'assurons de notre reconnaissance pour l'extrême bienveillance qu'il nous a témoignée et pour les conseils qu'il n'a cessé de nous prodiguer pendant toute la durée de notre travail.

OUVRAGES CITÉS EN NOTE PAR LE SEUL NOM DE L'AUTEUR

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil Français*, Tomes 1 à 3, 6e éd., Tomes 4 à 12, 5e éd.

COLIN et CAPITANT. — *Cours Elémentaire de Droit Civil Français*, Tome I, 10e éd., Tomes 2 et 3, 9e éd., par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

ESCARRA (J. et E.) et RAULT. — *Principes de droit commercial*, Tomes 1 et 6.

HAMEL. — *Banques et Opérations de banque.*

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit Commercial*, 3e éd., 2 vol.

LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD. — *Traité de Droit Commercial*, 5e éd.

PERCEROU et DESSERTEAUX. — *Des faillites et Banqueroutes et des Liquidations judiciaires*, 2e éd.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit Civil Français.*

RIPERT et BOULANGER. — *Traité Elémentaire de Droit Civil*, de Marcel PLANIOL, Tome 1, 2e éd., Tomes 2 et 3, 1re éd.

EXPLICATIONS DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

J. F. : *Journal des Faillites et des Liquidations judiciaires.*

J. S. : *Journal des Sociétés Civiles et Commerciales.*

J. D. F. : *Journal du Droit des Faillites et Liquidations judiciaires.*

R. F. : Revue Générale du Droit des Faillites et Liquidations judiciaires.

R. G. D. C. : *Revue Générale de Droit Commercial.*

Exemple des renvois aux périodiques, revues, recueils de jurisprudence :

J. F. 1932.30 signifie : *Journal des Faillites*, Année 1932, page 30.

INTRODUCTION

1. — Les conditions de l'égalité entre les créanciers.

Au point de vue politique et social, l'idée d'égalité apparaît comme un postulat dont on tenterait vainement une démonstration scientifique (1). Pour toute justification, on s'est borné à soutenir que l'égalité répondait à un désir de symétrie et marquait le triomphe de l'esprit cartésien ou, d'un point de vue plus élevé, qu'elle était la manifestation la plus élémentaire de la justice distributive. Sur ce plan même, l'égalité a été à juste titre combattue (2) ; Cicéron déjà avait fait observer que l'égalité qui méprise toute appréciation des mérites des intéressés était le comble de l'injustice.

En droit privé, en revanche, un fondement précis peut être assigné à l'égalité qui doit régner entre les créanciers chirographaires faisant valoir leurs droits sur le patrimoine de leur débiteur insolvable. Loin d'apparaître comme une transaction équitable entre des intérêts opposés, l'égalité découle alors de l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à la satisfaction de l'ensemble de ses créanciers. Le principe en est posé par l'article 2093 du Code Civil, et par l'article 565 du Code de Commerce. D'après l'article 2093 C. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers... » ; en vertu de l'article 565 du Code de commerce, « l'actif... sera réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances ».

A la vérité cependant, cette affectation générale ne peut parvenir à assurer un traitement égal de tous les créanciers

1. — (1) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, page 137; rapp. Ripert, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil moderne*, 1936, page 91.
(2) Roubier, *Théorie générale du Droit*, 1946, page 228.

que si une procédure spécialement appropriée la rend effective. En l'absence de cette procédure en effet, l'affectation de tous les biens du débiteur à l'acquittement de ses créanciers et l'égalité qui doit en résulter demeureraient théoriques. Les faits le démontrent en droit civil (3) ; on en a la preuve également en droit commercial lorsque la liquidation du patrimoine du commerçant est réalisée amiablement en dehors des règles légales (4) ; le débiteur a la latitude d'avantager tel créancier de son choix ou tel créancier plus exigeant, au détriment des autres créanciers, et, n'en avantagerait-il aucun, il est fondé à les payer dans l'ordre suivant lequel ils se présentent à lui, les derniers risquant alors de n'être pas payés, tandis que les premiers le seront intégralement. Une fois de plus, la preuve est faite qu'il ne suffit pas de poser un principe de droit. Pour que ce principe puisse atteindre le but qui lui a été assigné, l'aménagement de règles techniques est nécessaire. En droit commercial, l'effectivité de la règle de l'article 2093 du Code civil a été réalisée

(3) On ne peut donner d'exemple plus éclatant que celui auquel a donné lieu la Société Anonyme du Canal de Panama. La procédure de faillite n'était pas applicable à la Société parce qu'elle était civile par son objet. Dès que le mauvais état de ses affaires fut connu du public, des créanciers et, notamment, des obligataires, se hâtèrent de poursuivre le remboursement de leur créance. Pour empêcher que ces poursuites ne se généralisent, le législateur intervint spécialement par la loi du 1er juillet 1893 et suspendit le droit de poursuite individuelle des créanciers de la Compagnie, accusant par là les inconvénients de l'absence d'une procédure en droit civil, susceptible d'assurer l'application de la règle de l'article 2093. Pour l'avenir, la règle de l'égalité réussit à s'imposer néanmoins ; le législateur tourna la difficulté en réputant commerciales les sociétés en commandite par action ou anonymes à objet civil (loi du 1er août 1893) ; il fit de même pour les sociétés constituées pour l'exploitation des mines (loi du 9 septembre 1919) et pour les sociétés à responsabilité limitée à objet civil (loi du 7 mars 1925, art. 3). Ces interventions restreintes du législateur marquent le rayonnement de la règle de l'égalité

En vain, cependant, la jurisprudence s'est-elle efforcée de suppléer à la carence du législateur. La Cour de Cassation (17 janvier 1855, Sirey, 55.I.102 ; 19 nov. 1899, D. 99.I.8) a condamné, par exemple, la pratique des liquidateurs-séquestres judiciaires inaugurée par la Cour d'Appel de Lyon. Sur cette pratique, cf. BUDIN, *La Faillite Civile*, thèse, Paris, 1935, page 79 ; *Mohsen Shafik*, thèse, Paris, 1937, page 212.

(4) Sur la pratique particulièrement répandue des liquidations amiables, entre 1807 et 1838, et ses dangers, cf. rapport fait, le 17 mars 1838, au Parlement au nom de la Commission chargée de l'examen du projet de loi sur les faillites ; RENOUARD, *Traité des Faillites et Banqueroutes*, 3e éd., 1857, Tome I, page 175-176 ; rapp. CHÉRON, note au D. 28.II.38, col. 2, sous Bordeaux, 26 janv. 1926.

grâce à la procédure de faillite doublée de la procédure de liquidation judiciaire. La suspension du droit de poursuites individuelles des créanciers (art. 443, al. 3), le dessaisissement (art. 443, al. 2), l'annulation des actes contraires à l'égalité (art. 446, 447, 448, 598) assurent l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à la satisfaction de l'ensemble des créanciers (5). Par surcroît, la loi tend à niveler la situation des créanciers en réduisant, voire en supprimant, certains privilèges ou hypothèques légales. Des mesures de publicité, enfin, mettent les créanciers en mesure d'exercer leurs droits (art. 442, 492, 504, 566 Code Com.).

2. — Fondement du principe de l'égalité.

Si l'affectation de tous les biens du débiteur à la satisfaction de l'ensemble de ses créanciers, rendue effective par une procédure appropriée, assure l'égalité entre les créanciers, la règle de l'article 2093 cependant ne s'impose pas d'évidence à l'esprit. On aurait pu concevoir que les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur fussent hiérarchisés en fonction de leur date, ou que les créanciers antérieurs soient préférés à l'égard des biens existant au jour de la naissance de leurs créances sur les créanciers dont les créances étaient nées postérieurement, ou encore que les créanciers postérieurs primâssent les créanciers antérieurs sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où il s'était engagé envers ces derniers. Le rejet

5) On soutient communément (PERCEROU et DESSERTEAUX, n° 793 LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome 7, n° 268) entre autres raisons que la règle de l'arrêt du cours des intérêts à l'égard de la masse, art. 445, § 1, est une manifestation de la règle de l'égalité. Cette opinion serait exacte et il y aurait inégalité si les intérêts des créances d'ores et déjà productives d'intérêts continuaient à courir à l'égard de la masse, alors que les créanciers, dont les créances ne seraient pas productives d'intérêts au jour de la faillite, seraient privés de la faculté de faire courir ceux-ci. Or, d'après la jurisprudence (Cass. 17 janv. 1893, D. 93.I.537, note BOISTEL) et la doctrine (PERCEROU et DESSERTEAUX, tome 2, n° 804; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome 7, n° 273), la production de la créance a pour effet de faire courir les intérêts au taux légal à l'égard du failli au profit des créances qui, jusqu'alors, n'étaient pas productives d'intérêts. Par ailleurs, des termes de l'article 445, § 1, on déduit que les intérêts des créances productives d'intérêts continuent à courir à l'égard du failli. L'égalité ne serait pas rompue, en conséquence, si les intérêts de toutes les créances avaient couru à l'égard de la masse; la règle de l'arrêt du cours des intérêts a pour unique raison un souci de simplification.

de ces solutions s'explique par diverses raisons dont les premières sont d'ordre historique.

3. — Fondement historique.

On peut tenter, d'abord, de montrer comment, historiquement, les règles romaines des procédures de liquidation des biens d'un insolvable ont pu contribuer à faire éclore le principe de l'article 2093.

Aux premiers temps romains, l'obligation était un engagement du corps de l'obligé qui impliquait pour le créancier le droit de mettre le débiteur à mort ou d'en faire un esclave. Par la suite, le créancier n'eut plus que la possibilité d'emprisonner son débiteur, mais en même temps que le droit du créancier sur la personne du débiteur se relâchait, il se reportait sur ses biens. Même au terme de cette évolution cependant, l'obligation a toujours conservé à Rome son caractère d'engagement d'une personne, qu'elle possède encore en droit moderne, sans jamais l'échanger contre celui d'engagement d'une chose (1) ; à la différence du droit moderne toutefois, le droit romain de l'époque classique ne concevait pas que les biens du débiteur fussent directement affectés à la satisfaction des créanciers, et, jusqu'au Bas-Empire, l'exécution directe sur les biens lui fut inconnue.

Ainsi s'expliquerait, entre autres raisons, qu'au cas de liquidation du patrimoine d'un débiteur insolvable par le moyen de la *venditio bonorum*, un nouveau débiteur : le *bonorum emptor* qui s'engageait à verser aux créanciers un pourcentage de leur créance, dût être substitué au débiteur primitif (2).

On peut alors se demander si cette règle de procédure n'a pas exercé une influence sur la naissance de la règle de l'affectation de tous les biens du débiteur à la satisfaction de l'ensemble de ses créanciers. Les créanciers, en effet, ne pouvaient raisonnablement réclamer une préférence quelconque en fonction de la date de la naissance de leur créance

3. — (1) Bonfante, *Storia del Dirritto Romano*, Milan, Tome I, 3e éd., 1923, page 456.

(2) Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. Tome I, 1937, n° 5. De cette substitution, une autre raison peut également être invoquée, c'est l'inexistence de la représentation à Rome.

puisqu'ils devenaient tous créanciers du *bonorum emptor* à la date de l'*adjudicatio* des biens de l'insolvable. L'idée d'égalité entre les créanciers était née ; historiquement, elle aurait précédé celle d'affectation des biens du débiteur à ses créanciers.

On peut faire la même constatation à l'occasion de la *tributio*. On sait que la *tributio* était à l'esclave commerçant ce que la *venditio bonorum* était à l'homme libre insolvable (3). De l'existence de l'action *tributoria* donnée aux créanciers contre le maître qui dolosivement aurait procédé au partage du pécule de l'esclave entre les créanciers contrairement à la règle de l'égalité, on a conclu (4) que l'édit du prêteur devait contenir une clause d'après laquelle le maître était expressément autorisé à procéder au partage du pécule commercial de son esclave, entre lui, s'il était créancier, et les autres créanciers, à la condition qu'il se conformât à la règle de l'égalité proportionnelle, « *pro rata portione* » (5).

Or, on se souviendra que ceux qui avaient traité avec l'esclave n'avaient aucune action pour se faire payer ; ils n'en avaient pas contre l'esclave, incapable de s'obliger ; ils n'en avaient pas davantage contre le maître qui ne pouvait être obligé par une personne sous sa puissance. Toutefois, en appréhendant le pécule de l'esclave pour procéder à son partage, le maître se reconnaissait débiteur en un même instant de tous les créanciers dans la limite de pécule ; tous, comme au cas de *venditio bonorum*, devaient nécessairement être égaux. Dans les deux cas, on était proche de l'idée que l'ensemble des biens du débiteur répondait de l'ensemble de ses obligations.

4. — Fondement juridique.

Mieux encore que des raisons historiques d'ordre technique, qui relèvent du domaine de l'hypothèse, l'affectation de tous les biens du débiteur à la satisfaction de tous les créanciers de celui-ci découle de la nature du droit de créance. On peut, en outre, la justifier par des considérations économiques.

(3) Sur la *tributio*, cf. LEMARIÉ, *De l'action tributoria*, Thèse, Paris, 1910.
(4) LENEL, *Edit perpétuel*, traduction Peltier, 1901, Tome I, page 316.
(5) *Institutes de Justinien* IV,7 Fragment 3.

Et d'abord, la règle de l'article 2093 découle de la nature du droit de créance.

D'après sa définition moderne, le droit de créance est un lien entre deux personnes, qui implique un droit du créancier sur le patrimoine du débiteur (1). A la vérité, le droit du créancier sur le patrimoine du débiteur n'est en rien comparable au droit que possède sur un bien déterminé le titulaire d'un droit réel. Le droit réel, dans la doctrine classique (2), procède « d'un rapport immédiat et direct entre la chose et la personne au pouvoir de laquelle elle se trouve soumise » (3). Son titulaire bénéficie sur la chose d'un droit privatif en vertu duquel il peut méconnaître tout droit réel concurrent constitué sur la chose postérieurement au sien. Le pouvoir du créancier sur le patrimoine du débiteur est beaucoup moins énergique. S'il porte sur l'ensemble des biens présents et futurs, qui le composent, il n'en affecte aucun privativement. De ce fait, le débiteur, en dépit du droit conféré sur eux à un créancier, conserve la libre disposition de ses biens et l'on en conclut notamment qu'il peut grever ses biens de nouvelles dettes qui confèreront à leur endroit aux nouveaux créanciers un pouvoir identique à celui qui est reconnu aux anciens créanciers.

A la vérité, si l'on envisage le droit de créance comme étant essentiellement un droit sur les biens, on aboutit à une impasse ; la règle de l'article 2093 devient impossible à expliquer ; le jeu de la règle de l'égalité aboutit en effet à l'amputation des droits des créanciers, or un droit est une faculté reconnue par la loi et qui s'impose au respect de tous. Effectivement, les auteurs qui n'ont envisagé que l'aspect patrimonial du droit de créance ont été amenés à minimiser la portée de la règle de l'égalité (4).

4. — (1) GAUDEMET, *Théorie Générale des Obligations*, 1937, p. 12.

(2) Contrairement à la doctrine classique, on sait que PLANIOL en 1896 (*Traité Elémentaire de Droit Civil*, Tome I, n° 2158 et s.) partant de l'idée que tout rapport de droit est nécessairement un rapport entre personnes prétendit que le droit réel ne pouvait être analysé comme un droit sur une chose et qu'il n'était qu'une espèce particulière d'obligation. Dans cette opinion, le droit réel devrait être considéré comme une obligation passivement universelle.

(3) AUBRY et RAU, 5e éd. Tome 2, § 172.

(4) BONNECASE, *La condition juridique du créancier chirographaire*, *Rev. Trim.* 1920, page 138.

On ne peut parvenir à expliquer la règle de l'article 2093 qu'en mettant en exergue le caractère personnel du droit de créance. Si le droit de créance est, en effet, un droit sur les biens et si l'on a pu écrire qu'il était un « assignat sur les biens » (5), l'obligation est essentiellement un rapport entre deux personnes et n'est qu'à titre second un rapport entre deux patrimoines. Or, le débiteur, parce qu'il est une personne douée de liberté, peut valablement souscrire des engagements en nombre indéfini ; aucune disposition légale ne lui enjoint de les limiter à la valeur de son patrimoine. Jamais, d'ailleurs, on ne peut assurer que les obligations du débiteur dépassent ses ressources. Au surplus, s'il n'a pas de biens, il peut en acquérir ou faire exécuter par d'autres les obligations qu'il ne pourra exécuter lui-même. En tant qu'ils pèsent sur la personne, les droits de chacun des créanciers sont indépendants les uns des autres ; mais ils sont identiques les uns aux autres, parce que l'engagement du débiteur envers chacun d'eux est identique. Peu importe la date de la naissance de l'obligation ; à l'égard de la personne du débiteur, le créancier premier en date n'a pas un droit plus fort que le créancier dernier en date, parce qu'en s'engageant, le débiteur n'aliène en aucune manière sa liberté pour l'avenir. Le premier maillon du raisonnement est alors formé : l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à l'ensemble de ses créanciers peut être expliqué.

Mais si, pour la commodité de l'explication, on a distingué la personne de son patrimoine, ces deux notions ne doivent pas, pour autant, être en réalité dissociées, car le patrimoine est en droit français l'émanation de la personnalité (6). C'est par ricochet, en conséquence, que les créanciers atteignent le patrimoine de leur débiteur. Or, de même que les droits des créanciers à l'égard de la personne sont identiques, de même leurs droits sur le patrimoine sont identiques. Emanation de la personnalité, le patrimoine est en effet une entité abstraite, permanente et, surtout, indépendante des éléments qui la composent et sont objet de fluctuations ; toute différenciation des droits qui pèsent sur lui en est nécessairement

(5) GAUDEMET, précité, page 12.
(6) AUBRY et RAU, 5e éd. Tome 9, n° 573.

exclue. Vainement, en conséquence, les créanciers prétendraient-ils que leurs droits s'exercent sur des biens déterminés en fonction de la date de la naissance de leur créance. Leurs droits ne portent pas sur les biens eux-mêmes. Le jour, en revanche, où, à la suite d'une liquidation du patrimoine, les biens composant le patrimoine seront immobilisés, les créanciers pourront les atteindre et leurs droits à leur encontre seront nécessairement égaux puisqu'ils les frapperont au même instant. Il est alors exact de dire que l'ensemble des biens du débiteur est affecté au paiement de l'ensemble de ses créanciers, et cette règle qui exclut toute hiérarchie des droits des créanciers résulte, en définitive, de ce que la personne et le patrimoine sont eux-mêmes dégagés de la notion de temps.

La loi du marc le franc ne consacre pas pour autant une atteinte aux droits des créanciers anciens par les créanciers nouveaux, puisque les droits des uns et des autres, on l'a vu, sont identiques ; elle transpose l'obligation du plan juridique sur le plan économique, la réduction au marc le franc n'étant que la loi économique de fixation de la valeur de l'obligation (7).

Pratiquement, d'ailleurs, il ne pouvait en être autrement (8). Pour que l'on puisse reconnaître un droit de préférence aux créances anciennes sur les créances nouvelles en fonction de la date de leur naissance, il faudrait que les créances eussent date certaine dès leur naissance ; il faudrait ensuite que les obligations fussent rendues publiques. Faute en effet d'avoir connu l'existence des créances contractées par le débiteur, les créanciers postérieurs seraient victimes des plus cruelles méprises. Personne ne consentirait, dans ces conditions, à devenir créancier dans la crainte de n'être pas le premier en rang. Il faudrait enfin que la composition de l'actif de chaque personne soit rendue publique. Autant de conditions impossibles à remplir.

Quoi qu'il en soit, on observera que l'explication juridique de la règle de l'égalité n'est possible que dans les pays où, comme la France, le patrimoine est relié à la notion de

(7) Rapp. RIPERT et BOULANGER, Tome 2, n° 550.

(8) DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Du Conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers*, *Rev. Crit.* 1905.528.

personne ; on n'a pas été surpris de ne point la recontrer en droit allemand, par exemple, qui dissocie personne et patrimoine. Aussi, la doctrine allemande (9) a-t-elle été réduite à ne donner de la règle de l'égalité que des justifications d'ordre économique. Si pertinentes soient-elles cependant, les considérations d'opportunité, lorsqu'elles sont invoquées à titre exclusif, laissent toujours insatisfait l'esprit des juristes ; elles leur donnent, au contraire, tous apaisements lorsqu'elles corroborent leurs conclusions sur le plan juridique. Or, il est avéré que l'égalité entre les créanciers, plus largement, la procédure de faillite qui en assure la mise en œuvre, sont postulées par l'intérêt du crédit (10). On réalise ici la conjonction de l'élément juridique et de l'élément économique. On peut même aller jusqu'à dire que la règle de l'égalité, c'est le crédit envisagé du point de vue juridique et que le crédit, c'est la règle de l'égalité envisagée au point de vue économique (11).

5. — Fondement économique.

Economiquement, en effet, l'application de la règle de l'égalité favorise le crédit parce qu'elle assure au créancier un pouvoir effectif d'action ; elle lui donne la certitude qu'au cas de défaillance de son débiteur, il recouvrera, sinon l'intégralité de sa créance, au moins la fraction maximum de celle-ci, qu'aucun autre créancier, grâce à sa plus grande diligence ou à sa proximité du débiteur, ne pourra se faire payer à son détriment, voire rendre son droit inefficace, en absorbant l'actif. La note infamante attachée à la faillite s'estompe alors, et la faillite prend figure de moyen de commerce (1). A la vérité, la règle de l'égalité et la faillite ne sont cependant pas la source du crédit du commerçant ; il serait absurde de le soutenir. La règle de l'égalité et la faillite ne sont que des éléments du crédit du commerçant, qu'elles

(9) JAEGER, introduction, *Kommentar zur Konkursordnung*, 7e éd. 1933-1936.

(10) Sur la notion de crédit en général cf. DE LESTAPIS, *La Notion juridique de crédit*, Etude de Droit Civil Français, Thèse, Bordeaux, 1940.

(11) Rapp. GAUDEMET, précité, page 10.

5. — (1) La violation de la règle de l'égalité n'en pourra pas moins être sanctionnée pénalement (art. 585-4°, 597 du Code de Commerce).

contribuent à renforcer. S'il est exact, en effet, qu'un droit n'a de valeur qu'en fonction de sa sanction, la sanction efficace de son droit ne peut déterminer, à elle seule, le créancier à faire crédit. Un créancier n'établit pas ses chances de paiement d'après l'éventualité d'une mise en faillite du débiteur, qui réduira ses droits à un dividende. Lorsque l'on craint une faillite, on ne traite pas. La source du crédit réside dans la personne du commerçant envisagé en tant qu'homme et en tant que producteur (2). Le crédit est fonction d'abord de la valeur que le créancier accorde à la promesse du débiteur, à la croyance du créancier que le contrat possède, aux yeux du débiteur, une force obligatoire réelle et que la promesse à laquelle il s'est engagé n'est pas pour lui un vain mot. Mais l'honorabilité personnelle du débiteur et sa moralité sont insuffisantes à déterminer le crédit commercial ; outre sa personnalité en tant qu'homme, celui-ci prend en considération la personnalité commerciale du débiteur. A la différence du crédit civil, le crédit commercial est un crédit à la production ou à la circulation (3) ; il est accordé plus à l'entreprise qu'au commerçant-individu. En même temps, d'ailleurs, qu'elles sont la source du crédit, l'honorabilité et la capacité de production du commerçant sont, a fortiori, éléments de crédit. C'est à ce second titre que la règle de l'égalité et la faillite s'en rapprochent. Si comme elles, la règle de l'égalité et la faillite ne sont pas déterminantes d'un octroi positif de crédit, elles sont, comme elles, un élément du crédit général du commerçant à l'égard de l'ensemble de ses créanciers.

Justifiée par le crédit, la règle de l'égalité en tire d'ailleurs ses propres limites. Les nécessités du crédit peuvent conduire en effet, à une différenciation entre les créanciers, c'est-à-dire à l'établissement d'un ordre d'inégalité entre les créanciers. La sécurité plus grande conférée à la condition du créancier par la diminution de ses risques, agit en effet dans le sens de l'augmentation du crédit du débiteur. Il n'en faudrait pas conclure cependant que, dans tous les cas, l'existence d'un

(2) HAMEL, *La Nationalisation du Crédit*, Chronique au D. 1946, page 24; ESCARRA et RAULT, Tome 6, page 407.

(3) Rapp. HAMEL, Tome 2, page 371 ; PETIT-DUTAILLIS, *Le Risque du Crédit Bancaire*, 2e éd. 1946, nos 10 et 11.

traitement préférentiel au profit d'un créancier soit justifiée par les nécessités de la protection du crédit. De toutes autres raisons que des raisons de crédit justifient, par exemple, le privilège des gens de service, ouvriers et employés, ou le privilège du fisc.

On peut cependant poser en règle que si toutes les causes de préférence légales ne sont pas justifiées par les besoins du crédit, l'établissement par la convention d'un traitement préférentiel au profit d'un créancier, est toujours un élément d'encouragement du crédit. On croirait à tort, en particulier, que le crédit commercial ignore le crédit réel. Le crédit réel est même la règle pour le banquier, le crédit personnel, l'exception (4). A la vérité, le crédit réel, en droit commercial, est toujours mêlé de crédit personnel (5). Les sûretés, plus largement, l'existence d'un traitement préférentiel au profit d'un créancier n'ont d'autre raison que de renforcer l'assurance que le créancier trouve dans la personne du débiteur. L'existence d'un traitement préférentiel est alors à la fois moyen de crédit et source de crédit, dans la mesure où il est constitutif d'une valeur sur laquelle puisse s'exercer le paiement.

Au service du crédit, l'inégalité ne saurait, cependant, avoir des effets analogues à ceux de l'égalité. Alors que la règle de l'égalité est un élément du crédit général du commerçant, l'existence d'un traitement préférentiel a pour résultat d'accroître le crédit du commerçant vis-à-vis d'un créancier en particulier, mais d'affaiblir d'autant son crédit général à l'égard des autres créanciers.

En fait, les raisons de crédit conduisent à l'établissement d'un traitement préférentiel, à l'égard de deux catégories de créanciers seulement : les vendeurs et les banquiers ; et encore, les vendeurs n'en bénéficient-ils qu'extraordinairement. Seuls, en définitive, les banquiers, en dehors même des sûretés conventionnelles qu'ils peuvent stipuler, bénéficient de prérogatives éminentes. Au surplus, celles-ci ne leur sont pas

(4) HAMEL, Tome 2, page 370.

(5) HAMEL, précité ; FARGEAUD, l'*Adaptation de la technique juridique du gage aux opérations modernes de Banque*, Rev. *Banque*, mai 1946, page 28 ; SCHLOGEL, *Le Warrant industriel*, même Rev. septembre-octobre, page 34.

attribuées dans leur intérêt personnel, mais dans l'intérêt du commerce, c'est-à-dire de la production et des échanges. La nationalisation des grands établissements de crédit n'a fait que mieux mettre en relief encore ce rôle des banques au service de l'économie générale.

Le résultat auquel on aboutit veut que l'on s'y arrête. Des quatre catégories essentielles de créanciers d'un commerçant, ses fournisseurs, son personnel, son banquier et le fisc, aucune n'est soumise à la loi de l'égalité. Le personnel et le fisc sont privilégiés ; le banquier bénéficie d'un traitement préférentiel ; quant aux vendeurs, pour pallier l'insuffisance des avantages qui leur sont conférés, ils ont pris l'habitude d'exiger paiement comptant. Il en résulte que, dans les faits, la loi de l'égalité n'est susceptible que d'une application limitée ; elle régira les bailleurs d'objets mobiliers, les prêteurs non banquiers, les obligataires notamment, les entrepreneurs de travaux, les fournisseurs de fournitures et encore, en certaines occasions, les fournisseurs sont-ils privilégiés. Il en est ainsi des fournisseurs des entrepreneurs de travaux effectués au profit des collectivités publiques (Décret de Pluviôse, an II) ; on peut également citer l'exemple des fournisseurs qui ont exécuté pour le compte du titulaire les marchés de fournitures conclus par lui avec le Ministère de la Guerre (Décret dit de Posen, 1806).

Quoi qu'il en soit, en dépit du nombre des inégalités dans la faillite, il importe d'affirmer la règle de l'égalité entre les créanciers.

6. — Plan et avertissement.

« *L'égalité entre les créanciers, élément du crédit général du commerçant* », sera l'objet de la première partie de cet ouvrage. On étudiera en autant de titres distincts :

— les personnes et organes chargés de faire respecter l'égalité entre les créanciers,
— le principe de l'égalité dans le temps,
— le principe de l'égalité quant aux personnes,
— le principe de l'égalité quant aux biens,
— le principe de l'égalité quant aux actes,

— le conflit entre les principes juridiques et la règle de l'égalité.

La seconde partie de ce travail sera consacrée à « *l'inégalité au profit d'un créancier, moyen de renforcement du crédit du commerçant à l'égard de ce créancier* ». Il sera divisé en deux titres. On montrera successivement comment l'inégalité assure la protection du vendeur dans la faillite de l'acheteur, et celle du banquier dans la faillite de ses clients.

On recherchera en conclusion la nature du principe de l'égalité entre les créanciers au regard de la notion de l'ordre public et par comparaison avec le principe de l'égalité entre les actionnaires.

L'étude que nous avons entreprise est essentiellement une étude de jurisprudence. Il a paru opportun d'en faire la synthèse à la veille de la révision du Code de Commerce et à un moment où, après la disparition presque complète des faillites à partir de 1940, en France comme à l'étranger (1), les difficultés rencontrées par les commerçants à l'occasion de la « reconversion » de l'économie de guerre en économie de paix peuvent laisser présager une recrudescence des déclarations de faillites (2). De toute manière, au point de vue théorique, l'intérêt de nos recherches demeure constant. Les problèmes étudiés sont, au surplus, suivant une distinction purement

5. — (1) *Sic* pour l'Italie, cf. Professeur Giuseppe VALERI, préface à l'ouvrage de LORDI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Naples, avril 1946, page 7.

(2) Statistiques comparées des faillites et liquidations judiciaires déclarées en France avant et depuis la guerre :

ANNÉES	FAILLITES	LIQUIDATIONS JUDICIAIRES
1938	4.820	1.776
1943	376	72
1946	680	113
1947	1.286	297

La tendance à l'augmentation du nombre des faillites n'est pas spéciale à la France ; on la rencontre également aux Etats-Unis (cf. *La Vie Française* du 19 septembre 1947).

formelle, autant des problèmes de droit civil que des problèmes de droit commercial.

Comme nous avons pris soin de le préciser par le titre de cet ouvrage, nous n'avons examiné que les droits des créanciers *chirographaires* au regard de la règle d'égalité. L'étude détaillée des droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires n'avait pas sa place ici, étant donné que les atteintes qu'ils portent au principe de l'égalité sont expressément autorisées par la loi.

Faute d'avoir pu nous livrer à des recherches personnelles sur l'histoire du principe de l'égalité, nous avons renoncé à faire précéder nos explications d'une introduction historique ; celle-ci n'était d'ailleurs pas nécessaire à la compréhension de notre sujet. A l'occasion de certaines questions cependant, nous avons recherché quelles avaient été les solutions de l'ancien droit.

Nous avons circonscrit nos recherches à l'examen du droit interne. On ne trouvera pas ici, en conséquence, l'examen des problèmes soulevés par la faillite en droit international privé et qui ont été maintes fois étudiées (3).

En revanche, nous nous sommes attachés à examiner comment les droits étrangers, allemand, belge, italien, concevaient l'égalité entre les créanciers. Le droit italien a retenu particulièrement notre attention à raison de la fréquente identité de ses conceptions juridiques avec celles du droit français. A l'occasion d'institutions ou de textes analogues à ceux du droit français, il nous a paru intéressant de confronter les solutions de la doctrine et de la jurisprudence italiennes avec les solutions adoptées en France.

Par ailleurs, à la suite de l'abrogation du Code de Commerce de 1882, consécutive à l'unification du Droit Civil et du Droit Commercial, le législateur italien a promulgué, le 14 mars 1942, une loi nouvelle sur la faillite, restée en dehors du Code Civil et entrée en application le 21 avril de la même

(3) VALENSI, *Répertoire de Droit International* de LA PRADELLE et NIBOYET. Tome 8, 1930. V. *Faillite* et la bibliographie citée. Cf. également, *Travaux du Comité de Droit International privé* 1936-1937, pages 9 et s.

année. Elle est, à notre connaissance, la plus récente loi sur la faillite qui ait été promulguée en Europe. C'était là une raison particulière de l'étudier (4).

Nos explications viseront indistinctement la faillite et la liquidation judiciaire.

(4) Nous remercions M. Paolo GRECO, Professeur de Droit Commercial à la Faculté de Droit de l'Université de Turin et M. FILIPUCCI-GIUSTINIANI, Conseil Juridique de l'Ambassade d'Italie, pour les renseignements relatifs au Droit italien qu'ils ont bien voulu nous communiquer et pour la documentation qu'ils ont mise à notre disposition.

PREMIÈRE PARTIE

L'EGALITE ENTRE LES CREANCIERS, ELEMENT DU CREDIT GENERAL DU COMMERÇANT

TITRE PREMIER

LES PERSONNES ET ORGANES CHARGES DE FAIRE RESPECTER L'EGALITE ENTRE LES CREANCIERS

7. — Enumération des personnes et organes chargés de faire respecter l'égalité.

Au service de l'égalité, créanciers, débiteur, juge-commissaire, tribunal de commerce, syndic, commissaire au concordat, sont requis. On ne décrira pas par le détail leur action ; on se contentera de l'illustrer par quelques exemples. Au reste, l'importance de leur rôle n'est pas égale et parmi eux, le syndic — au moins pendant le déroulement de la procédure de la faillite — occupe une place éminente.

On n'insistera pas sur le rôle du Tribunal de Commerce, du juge commissaire et des commissaires au concordat (1). Tous trois sont les gardiens vigilants de l'égalité. Ainsi, le Tribunal de Commerce trouve dans l'article 505, C. com., le droit de refuser l'homologation d'un concordat qui établirait un traitement inégal entre les créanciers. Le Juge commissaire doit se refuser à ordonnancer toute répartition de fonds qui ne respecterait pas la règle du marc le franc.

Quant aux commissaires au concordat dont la désignation est juridiquement obligatoire depuis le décret-loi du 9 août 1935, il semble que la mission qui leur est dévolue par l'article 515, alinéa 2, C. com., de « surveiller l'exécution du

7. — (1) On pourrait faire mention également du ministère public ; il peut poursuivre pénalement le failli qui, après cessation de ses paiements, a payé un créancier au préjudice de la masse (Art. 584 et 585-4°).

concordat », leur confère le droit de dénoncer toutes les inégalités commises dans l'exécution de celui-ci. D'autres attributions pourraient d'ailleurs leur être conférées par l'assemblée concordataire, à la condition qu'elles soient confirmées par le Président du Tribunal de Commerce. On peut concevoir, par exemple, que les commissaires soient chargés pendant l'exécution du concordat, d'intenter, dans l'intérêt de tous les créanciers, les actions en nullité des articles 446 et 447 (2).

On apportera plus d'attention au syndic et aux créanciers. On n'omettra pas non plus le débiteur.

8. — Le Syndic.

Le syndic est, au premier chef, l'agent de l'égalité. Lui, et lui seul, a qualité pour intenter les actions en nullité de la période suspecte. La règle est connue. Deux exemples extraits de la jurisprudence récente permettront de manifester le caractère altruiste des fonctions du syndic : le premier a trait au paiement des intérêts moratoires courus depuis la déclaration de faillite au cas où la faillite laisse un excédent, le second, à la faculté reconnue au syndic par l'article 547 de retirer les gages au profit de la faillite, avec l'autorisation du juge commissaire.

a) *répartition de l'excédent d'actif.*

En l'absence de textes — et, peut-être, en dépit des textes — la jurisprudence investit le syndic de la mission de payer les intérêts courus depuis la déclaration de faillite lorsque l'actif du failli, après paiement du capital et des intérêts courus depuis la déclaration de faillite, laisse un excédent (1). Cette solution, adoptée par plusieurs décisions de juridictions

(2) Voir cependant Douai 19 déc. 1939, rec. Douai 1940-249 qui semble ne pas admettre cette solution. Les créanciers peuvent certainement intenter, après l'homologation du concordat, les nullités de la période suspecte (PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, n° 1359) mais le bénéfice de l'action ne profite, alors, qu'au créancier qui l'a exercée. (Sur une solution différente quant au résultat de l'action au cas d'exercice de l'action Paulienne par un créancier après clôture de l'union, voir page 167.

8. — (1) C'est à l'égard de la masse seulement que le cours des intérêts est suspendu. A l'égard du failli, les intérêts conventionnels continuent à courir ; la production fait courir les intérêts au taux légal pour les créances qui n'étaient pas productives d'intérêts.

inférieures (2), — rares, il est vrai, mais dont la rareté s'explique par le caractère exceptionnel des faillites qui laissent un excédent — ne saurait être mise en doute depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1938 (3).

Cette jurisprudence aboutit à proroger les pouvoirs du syndic. Comme on l'a fait observer (4), ceux-ci expirent normalement à la suite du paiement du capital et des intérêts courus avant le jugement déclaratif. C'est, en effet, un principe proclamé par la jurisprudence en d'autres circonstances (5) et induit notamment de l'article 445 ,C. com., d'après lequel « le jugement déclaratif arrête le cours des intérêts à l'égard de la masse... », que la situation passive du failli est cristallisée au jour du jugement déclaratif. Autrement dit, les créanciers, en tant que membres de la masse, n'ont de droit sur l'actif du failli qu'en fonction de leurs créances chiffrées au jour du jugement déclaratif. Le syndic, chargé par l'article 532 de « représenter la masse », a accompli sa mission lorsqu'il a fait valoir les droits de celle-ci et a payé le capital et les intérêts courus avant le jugement déclaratif. L'actif excédentaire doit être remis au failli qui paiera aux créanciers les intérêts courus depuis le jugement déclaratif. Telle est, d'ailleurs, la solution de la jurisprudence et de la doctrine italienne (6).

Pour justifier la solution contraire adoptée par la jurisprudence française, les textes ont été sollicités. La Cour de Poitiers (7) a fait valoir que, d'après l'article 534, C. com., le syndic était « chargé de poursuivre la liquidation des dettes passives » et que, « de toute évidence, ces dettes comprenaient

(2) Poitiers, 22 mai 1913, J.F. 1914.114; rappr. Trib. Com. Seine, 30 oct. 1886 J.F. 88.317 et Req. 25 mai 1891, S. 91.1.530 ; Trib .Com. Seine, 9 nov. 1888, sous Civ. 17 nov. 1893, S 94.I.113. Si, de ces trois dernières décisions, il résulte que le syndic a mission de répartir l'actif excédentaire, en paiement des intérêts courus depuis la déclaration de faillite, la question de savoir qui, du syndic ou du failli, doit procéder à cette répartition, n'était pas discutée.

(3) S. 38.I.382, R.F. 38.210.

(4) LABBÉ, note au S. 1894.I.113 ; PERCEROU et DESSERTEAUX, n° 105; LACOUR et BOUTERON, 3e éd. tome 2, n° 1799.

(5) A propos de la date d'évaluation des dettes libellées en monnaie étrangère, notamment.

(6) Cas. Naples, 2 septembre 1916, *Rivista del diritto commerciale* 1927 II.16, note FERRARA ; NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Tome I, n° 775; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano* 1932.309 ; CUZZERI-CICU *Del fallimento*, 5e éd. 1927.163.

(7) 22 mai 1913, J.F. 1914.114.

les intérêts courus postérieurement au jugement déclaratif » (8). Simple affirmation, vu le texte de l'article 445, dont un auteur cependant (9) a essayé de démontrer le bien fondé grâce à une habile interprétation de l'article 445 lui-même. D'après cet auteur, le cours des intérêts ne serait censé suspendu à l'égard de la masse que dans la mesure où le capital des créances et les intérêts courus avant le jugement déclaratif n'auraient pas été intégralement payés. Mais la suspension n'existerait pas au cas où l'actif aurait laissé un excédent ; même à l'égard de la masse, les intérêts contractuels, s'il en avait été convenu, légaux en l'absence de convention, auraient continué à courir.

Pour habile que soit l'argumentation, on peut difficilement l'accueillir : elle opère des distinctions là où l'article 445 n'a pas distingué et a posé une règle impérative : « le jugement déclaratif arrête le cours des intérêts à l'égard de la masse... »

La jurisprudence présentement analysée est une manifestation de la tendance à fixer la situation passive du failli, non pas au jour du jugement déclaratif, mais au jour du règlement (10). Un seul argument permet de la justifier : l'égalité des créanciers à sauvegarder, et c'est ceci d'ailleurs qu'a invoqué, à titre exclusif, en 1938, l'arrêt de la Chambre des Requêtes précité. L'égalité entre les créanciers risquerait, en effet, d'être mise en péril si le failli, en possession de l'actif excédentaire, l'utilisait à désintéresser un créancier plus diligent ou plus exigeant, aux pressions de qui il aurait cédé, ou, simplement, un créancier arbitrairement choisi par lui au mépris des droits des autres créanciers (11). Sans doute, les créanciers pourraient-ils pallier ce danger en pratiquant des saisies arrêts entre les mains du syndic ; une distribution par contribution s'en suivrait ; il en résulterait des frais et des lenteurs ; la répartition de l'actif par le syndic les évite.

(8) De Loynes, consulté dans l'affaire qui avait donné lieu à l'arrêt, avait suggéré cette interprétation.

(9) Boistel, note au D. 93.I.537.

(10) Cf. *infra* page 67.

(11) A la vérité, le risque n'existe que si le failli n'est pas une société. Si le failli est une société, celle-ci sera dotée d'un liquidateur qui procédera à la répartition de l'actif excédentaire.

b) *retrait des gages.*

Défenseur né de l'égalité entre les créanciers, le syndic doit s'abstenir de tout acte d'où résulterait une rupture de l'égalité. La règle est d'évidence, et, cependant, elle n'a pas toujours été appliquée en jurisprudence. A son propos, la Chambre des Requêtes et la Chambre Civile ont successivement rendu des arrêts contradictoires. Les faits à l'occasion desquels ont été rendus ces arrêts de la Cour de Cassation sont les suivants :

Un particulier avait donné l'ordre à une banque d'acheter des valeurs mobilières et lui en avait versé le prix ; la banque avait transmis l'ordre à un agent de change, mais ne lui en avait pas réglé le montant. Survint la faillite de la banque ; l'agent de change réalisa d'office les valeurs pour se payer des sommes qui lui étaient dues ; le donneur d'ordre prétendit que le syndic avait commis une faute engageant la responsabilité de la masse, et en ne désintéressant pas l'agent de change et en ne dégageant pas les titres comme l'y autorisait l'article 547 du Code de Commerce, et réclama à la masse le paiement intégral de la valeur des titres.

Par arrêt du 13 février 1929, la Chambre des Requêtes (12) fit droit à la prétention du donneur d'ordre ; par arrêt du 27 octobre 1942, la Chambre Civile a jugé une semblable prétention non fondée (13). La solution de la Chambre Civile mérite seule approbation ; on veut espérer qu'elle est définitive.

D'une manière très pertinente, la Chambre Civile a donné de sa décision le motif que le retrait du gage aurait abouti à une rupture de l'égalité entre les créanciers. A raison, en effet, du droit de gage de l'agent de change sur les titres, le droit de propriété du donneur d'ordre sur ceux-ci (à supposer qu'ils aient été individualisés à son nom), s'était trouvé paralysé, et le donneur d'ordre n'avait d'autre ressource que

(12) J.F. 29.28 ; dans le même sens, Douai, 14 nov. 1930, S. 31.II.135 ; 17 juin 1937, S. 38.II.99 ; Furnes (Belgique) 12 mai 1932. D. 34.II.1, note CHÉRON.

(13) J.C.P. 1943.II.2240 (note Rousseau), casse Douai 17 juin 1947 précité. Dans le même sens que la Ch. Civ., cf. Trib. Com. Tours, 8 mai 1936, S. 37.II.41.

d'invoquer sa qualité de créancier chirographaire de la banque et de produire à la masse pour la valeur des titres.

En cet état du droit, le retrait du gage opéré par le syndic à la suite du paiement des sommes dues à l'agent de change, et prélevées sur l'actif de la faillite, aurait vivifié et rendu effectif le droit de propriété du donneur d'ordre sur les titres ; il aurait pu les revendiquer et aurait échappé, ainsi, à la loi du marc le franc. La rupture de l'égalité en serait résultée, puisqu'un créancier chirographaire aurait été intégralement désintéressé, alors que les autres n'auraient reçu leur paiement que sous forme de dividende. En ne procédant pas au retrait du gage, le syndic n'a commis aucune faute. L'article 547 ne lui en imposait d'ailleurs pas l'obligation, il en subordonnait expressément la possibilité à la condition que l'ensemble des créanciers — et non pas un seul — en retirât profit : « Les syndics — stipule-t-il — *pourront*... retirer les gages au profit de la faillite... » (14).

9. — Les Créanciers.

Moins éclatant que celui du syndic est le rôle des créanciers. Pratiquement, d'ailleurs, — et sauf réserves — il n'apparaît que lorsque le syndic n'est pas, ou n'est plus en fonction.

Tout créancier peut solliciter du Tribunal la mise en faillite du débiteur, autrement dit, déclencher l'application du principe de l'égalité (art. 440). Le Droit Français a toujours ignoré une limitation analogue à celle que renferme la loi anglaise, d'après laquelle, seuls, les créanciers dont la créance serait supérieure à un certain montant (50 livres), pourraient demander la mise en faillite (1).

Tout créancier peut, de même, faire rapporter par le Tribunal le jugement de clôture pour insuffisance d'actif (art. 528).

Un créancier quelconque peut également demander la nullité de tout traité particulier conclu par le failli et d'où résul-

(14) Dans le même ordre d'idées, la question peut se poser de savoir si le syndic peut faire abandon du navire au cas de faillite de l'armateur. Nous conclurons pour la négative car en procédant à l'abandon du navire le syndic risque d'avantager une catégorie de créanciers soit les créanciers abandonnataires, soit les autres créanciers.

9. — (1) Loi anglaise de 1914 art. 4 § 1, a, B.A.A. ; Charley Del Marmol, *la Faillite en droit anglo-saxon*, 1936 page 142.

terait pour un créancier un avantage à la charge de l'actif du failli (art. 597).

Pendant le déroulement de la procédure de la faillite, les créanciers doivent s'effacer devant le syndic. Ils ne peuvent, même au cas d'inaction du syndic, intenter les actions de la masse. Ils n'ont d'autre ressource que de porter leurs réclamations devant le juge commissaire ou de poursuivre la révocation du syndic.

Le monopole du syndic n'est, cependant, pas absolu ; la loi y apporte des limitations. Ainsi, tout créancier dispose de l'opposition (art. 581) et de l'appel pour attaquer le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements. Les créanciers peuvent formuler un contredit à l'encontre de l'admission d'une créance (art. 495) et le soutenir (2). Dans une opinion (3), et par extension de la solution admise par l'article 443 alinéa 4, pour le failli, les créanciers peuvent intervenir dans les instances soutenues par le syndic, alors même qu'ils n'auraient aucun intérêt distinct de celui de la masse à faire valoir ; leur intervention serait, cependant, subordonnée à l'autorisation du Tribunal.

Il y a plus. Aux limitations apportées par la loi au monopole du syndic, la jurisprudence a ajouté.

Elle reconnaît aux créanciers, concurremment avec le syndic (4), le droit d'exercer *l'action Paulienne* à l'encontre des actes frauduleux accomplis par le failli, tant avant que pendant la période suspecte (5). Mieux, l'exercice par le syndic de l'action en nullité de la période suspecte ne ferait pas obstacle à l'exercice par un créancier de l'action Paulienne (6).

(2) *Contra*, mais à tort, Seine 9 janv. 1933, G.P. 33.I.609.

(3) PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, page 668 et arrêts cités page 669, note I ; *contra :* Droit italien.

(4) Actes accomplis avant la période suspecte, Req. 4 mai 1910. S 12.I.561. — Actes accomplis pendant la période suspecte : Req. 13 nov. 1867, D. 68.I.212 ; Rouen, 8 mars 1902, J.F. 02.352.

(5) Civ. 18 déc. 1922, D. 25.I.223 ; Req. 29 juillet 1908, D. 10.I.409, S. 09.I.345 ; Civ. Cass. 28 juillet 1938 (sol impl.) R. F. 39.5.

L'action Paulienne peut également être intentée, à l'exclusion de toute autre, à l'égard des actes faits par le failli postérieurement au jugement d'homologation et, antérieurement à l'annulation ou à la résolution du concordat (art. 525).

(6) Bordeaux, 21 juin 1900, J.F. 02.440 ; Req. 13 nov. 1867 et Rouen 8 mars 1902 précités.

En l'absence d'un texte qui viendrait l'étayer, la solution de la jurisprudence française est ordinairement critiquée (7) ; elle est rejetée en Italie (8) ; elle se heurte à la règle de la suspension des poursuites individuelles.

A la vérité, on a pu douter que l'obstacle existât : la règle de la suspension des poursuites individuelles ne s'oppose pas à ce qu'un créancier fasse valoir individuellement les intérêts personnels et distincts de la masse qu'il possède. C'est ainsi qu'une jurisprudence constante admet que, s'ils justifient d'un préjudice personnel, distinct de celui qui atteint l'universalité des créanciers, les créanciers sociaux — et eux seuls, à l'exclusion de syndic — exercent à l'encontre des administrateurs d'une société faillie une action individuelle fondée sur les articles 1382-1383 (9). Or, on pourait soufenir qu'une pareille situation se retrouve au cas d'action Paulienne, à la condition qu'elle soit exercée par un créancier antérieur à l'acte frauduleux. L'intérêt invoqué par ce créancier : le préjudice que lui cause l'acte frauduleux, lui est personnel, ou, tout au moins, n'est pas commun à l'ensemble des créanciers ; il n'existe pas chez les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux. Tout créancier, à la condition que sa créance fût née antérieurement à l'acte frauduleux, pourrait donc exercer l'action Paulienne qui conserverait ainsi le caractère individuel qu'elle possède en droit civil. Mais alors on ne s'expliquerait plus la possibilité reconnue au syndic de l'intenter également. Le syndic en effet ne représente les créanciers qu'en tant qu'ils ont des droits communs ; il n'est pas qualifié pour exercer une action qui n'appartient qu'à certains d'entre eux.

(7) PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome I, n° 745 ; LACOUR et BOUTERON, Tome 2, 3e Ed. n° 1796, et note I, page 451. LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, Tome 7, n°s 312 et 420 rapportent la solution ; ils ne la critiquent, ni ne la justifient.

(8) BRUNETTI, *Nuovo Digesto Italiano*, Tome 5-1938, V° *Fallimento*, n° 42e; NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare*, Vol. I.1934, n°s 279 et 280 ; Cour d'Appel de Catarre, 17 août 1894, d'Ancone, 23 juin 1894 ; *Contra :* CANDIAN, *Il processo di fallimento* 1934, page 281, n° 173 ; Venise, 2 octobre 1888, 3 février 1893, qui permettent à tout créancier antérieur à l'acte attaqué d'intenter l'action.

Depuis la loi du 16 mars 1942, aucune discussion ne semble plus possible. L'art. 66 ne mentionne comme pouvant exercer l'action que le curateur.

(9) Civ. Cass. 26 nov. 1928, J.F. 12.481 ; Cass. Req. 16 fév. 1937, R.F. 1937.362 ; Civ. Cass. 25 nov. 1941 (motifs). J.C.P. 44.II.2686, note PÉAN.

En réalité, l'action Paulienne, lorsqu'elle est intentée après la déclaration de faillite du débiteur, perd le caractère d'action individuelle qu'elle possédait en droit civil ; elle devient une action collective, une action de la masse. Comme telle, son exercice doit être réservé au syndic et l'on doit critiquer la possibilité reconnue aux créanciers de l'intenter.

Deux traits de l'action Paulienne, lorsqu'elle est intentée après la déclaration de faillite, manifestent son caractère collectif. Contrairement aux solutions du droit civil, tout créancier peut l'exercer, alors même que sa créance serait née postérieurement à l'acte incriminé. Les attendus d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 juillet 1934 sont formels en ce sens (10). Au demeurant, l'extension aux créanciers postérieurs du droit d'intenter l'action Paulienne n'est vraisemblablement que le corollaire de l'effet de celle-ci au cas de faillite. L'annulation de l'acte frauduleux bénéficie en effet, non pas seulement, comme en droit civil, au demandeur, mais à tous les créanciers, aussi bien antérieurs que postérieurs à l'acte frauduleux. On y insistera ultérieurement (11).

Ces deux solutions, adoptées, par ailleurs, au cas d'actions en nullité de la période suspecte, exercées par le syndic (12) sont bien la preuve qu'un créancier, lorsqu'il exerce l'action Paulienne, n'exerce pas une action qui lui est propre, mais l'action de tous les créanciers. Cette constatation devrait conduire à lui en refuser l'exercice (13).

(10) S. 36.I.247. « Attendu que l'annulation de l'acte frauduleux quand elle intervient après la faillite de l'auteur de la fraude, perd son caractère normalement relatif pour produire effet à l'égard et au profit de *tous les créanciers, y compris ceux dont le droit est né postérieurement à la fraude et qui, sans la survenance de la faillite, n'auraient pu invoquer les dispositions de l'art.* 1167, *ni en bénéficier* ». *Contra :* Bordeaux, 14 avr. 1886, J.F. 87.34 ; 28 janv. 1889, J.F. 89.477 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Tome 7, n° 420 ; Percerou et Desserteaux, Tome I, n° 746 ; Hereil et Meller, *La Masse en matière de faillite*, R.F. 1938.185.

Rappr. Cass. Ital. 30 mars 1933, *Giurisprudenza italiana* 1933.I.1042 note Pietro Gandin.

(11) Cf. page 149.

(12) Percerou et Desserteaux, Tome 2, page 889, note 3 et page 894 n° 652.

(13) La solution de la jurisprudence est d'autant plus surprenante qu'elle a reconnu au syndic seul et refusé aux créanciers individuellement le droit de former tierce opposition aux jugements rendus contre le débiteur avant le jugement déclaratif (Civ. rej. 30 mars 1875. D. 75.I. 353). Or, la tierce opposition est l'action Paulienne exercée contre les jugements.

Critiquable en droit, la solution de la jurisprudence offre, il est vrai, une chance de plus que l'égalité soit assurée entre les créanciers ; elle pallie l'impossibilité pour les créanciers d'exercer les nullités de la période suspecte au cas d'inaction du syndic. Ce sont les seules justifications qu'elle peut invoquer.

10. Le débiteur.

Le débiteur n'est qu'un agent occasionnel de l'égalité. Il possède des droits identiques à ceux des créanciers, qui ont été précédemment énumérés, hormis assurément le droit d'intenter l'action Paulienne.

Cette similitude s'explique par le fait que les droits reconnus au débiteur lui sont conférés non dans son intérêt propre, mais dans l'intérêt des créanciers. La jurisprudence relative au droit du failli de demander après l'homologation du concordat la nullité des actes d'où serait résulté en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif, en témoigne.

Avant la loi de 1838 et en l'absence de disposition légale, la jurisprudence refusait d'admettre le failli à demander la nullité de ces actes, au motif que le failli n'était pas incapable de contracter et que l'engagement avait une cause licite (1).

Depuis la loi de 1838, qui a reconnu au failli le droit de demander la nullité de ces actes, la jurisprudence n'a admis le failli à se prévaloir de ce droit que pendant l'exécution du concordat. On verra (2) comment, non sans audace, elle lui refuse le droit de l'invoquer après l'exécution du concordat. La raison en est qu'après celle-ci, l'action constituerait entre les mains du débiteur un pur bénéfice. Or, c'est une première caractéristique du principe de l'égalité : il n'existe que dans l'intérêt des créanciers.

10. — (1) Req. 21 nov. 1827, S. 1828.I.185 ; 11 avril 1831, S. 1831.II.136 ; Paris, 17 mars 1832, S. 1832.II.295 ; 20 fév. 1834 ; S. 1834.II.92 ; FREMERY, *Etudes de droit commercial*, 1833, page 419.

Dans les années qui précédèrent la loi de 1838, des arrêts avaient néanmoins admis le failli à demander la nullité des engagements qu'il avait souscrits envers un créancier afin d'obtenir son adhésion au concordat : Req. 23 mai 1838, S. 1838.I.526 ; Rouen, 14 déc. 1824, *Journal des Audiences* 1825.II.138 ; Paris, 21 fév. 1828 ; S. 1829.II.184 ; Lyon, 17 mars 1831, S. 1831.II.213.

(2) Cf. page 41.

TITRE DEUXIÈME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE DANS LE TEMPS

11. — L'application du principe de l'égalité dans le temps implique l'examen d'une double question : celle de la détermination de la période de temps pendant lesquelles les actes contraires à l'égalité peuvent être annulés et celle de la détermination de la date à laquelle seront fixés les droits des créanciers dans la massse.

Pour assurer aux créanciers une situation égale, il serait nécessaire que le montant des créances fût arrêté au jour du règlement. La prise en considération de toute autre date antérieure risquerait d'entraîner des inégalités entre les créanciers du fait des variations ultérieures — dues, par exemple, aux fluctuations du cours des changes — que viendrait à subir le montant de certaines créances ; les titulaires des créances dont le montant aurait varié recevraient plus ou moins que les autres, proportionnellement au chiffre de celles-ci au jour du règlement.

Il faudrait par ailleurs qu'à partir du jour où le débiteur est devenu insolvable et tant que ses créanciers n'ont pas été intégralement désintéressés, tout créancier fût astreint à rapporter à la masse les avantages qui rompraient l'égalité à son profit.

Or, ce double vœu n'est pas exaucé.

En l'absence de dispositions formelles du Code, la jurisprudence décide que le montant des créances doit être évalué non pas au jour du règlement, mais au jour du jugement déclaratif. Condamné par le résultat contraire à l'égalité auquel elle aboutit, cette règle appelle un examen minutieux

des arguments invoqués pour la justifier. On recherchera ensuite les moyens susceptibles d'en éluder les conséquences.

A consulter, par ailleurs, les seules dispositions du Code de Commerce, il résulte que le principe de l'égalité n'est pas appelé à jouer au cours d'une période de temps aussi longue qu'on le souhaiterait.

C'est la cessation des paiements qui déclenche l'application du principe de l'égalité. Or, si la cessation des paiements est ordinairement le signe de l'insolvabilité du débiteur, elle n'est pas ordinairement concomitante de celle-ci ; elle la suit ; il en résulte que le principe de l'égalité ne pourra jouer qu'avec retard. Par ailleurs, le principe de l'égalité qui n'entre ordinairement pas en application le jour où le commerçant est devenu insolvable, cesse de jouer avant que les créanciers aient été intégralement désintéressés. La clôture de l'union et l'exécution du concordat épuisent en effet son efficacité.

A la vérité, si telle est, au regard des dispositions légales, la durée d'application dans le temps du principe de l'égalité, si ce principe ne joue pas à partir du jour où a commencé l'insolvabilité de débiteur et jusqu'au jour où tous les créanciers ont été désintéressés, la jurisprudence et la convention des parties tendent à parvenir à ce double résultat par un double mouvement extensif. La jurisprudence tend à reporter aussi loin que possible en arrière l'application du principe de l'égalité, de manière à ce qu'il joue à une époque aussi proche que possible de celle où est survenue l'insolvabilité du débiteur. Par la convention, en second lieu, les parties peuvent proroger l'application du principe de l'égalité, au moins après l'exécution du concordat (1).

On étudiera d'abord la durée normale du principe de l'égalité telle qu'elle résulte des dispositions légales, puis, les extensions qui y sont apportées par la jurisprudence et la convention des parties. Ce sera l'objet du premier chapitre de ce titre. Le second chapitre sera consacré à l'examen de la date d'évaluation des droits des créanciers.

11. — (1) A l'intérieur même de la période de temps pendant laquelle la règle de l'égalité est appelée à jouer effectivement, les actes contraires à l'égalité seront d'ailleurs sanctionnés diversement suivant la date à laquelle ils sont intervenus (cf. *infra* page 169).

CHAPITRE PREMIER

LA DURÉE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ

Section I

LA DURÉE NORMALE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ D'APRÈS LES DISPOSITIONS LÉGALES

12. — Première limite : le point de départ de la période suspecte.

Si l'on se reporte aux textes du Code de commerce et si on les applique à la lettre, la détermination de la durée normale d'application de la règle d'égalité est aisée. C'est au jour où commence la période suspecte qu'entre en application le principe de l'égalité. Les actes accomplis au cours de cette période qui précède la déclaration de faillite et qui seraient contraires à la règle de l'égalité seront déclarés ou pourront être déclarés nuls (art. 446 et s. C. com.).

D'après le Code de Commerce, la période suspecte est fonction de la détermination de la cessation des paiements du débiteur (art. 441, 446, 447, 448 Code Com.). Comme la cessation des paiements est, elle-même, la condition de la déclaration de faillite du débiteur (art. 438), logiquement la période suspecte doit normalement commencer le jour où la faillite du débiteur aura pu être ouverte (1). Ce jour est celui

12. — (1) Pour certains actes, le Code a étendu la durée de la période suspecte au delà de la date de la cessation des paiements en prévoyant à

où le commerçant, par un acte ostensible et extérieur, a manifesté sa détresse. Cet acte consiste dans le non-acquittement par le commerçant de ses dettes exigibles, voire d'une seule de celles-ci, manifesté par un protêt, un jugement de condamnation, une saisie. La cessation des paiements est, suivant l'expression de Thaller, l'arrêt total ou partiel du service de caisse du commerçant ; le sens littéral des mots conduisait, d'ailleurs, à lui donner cette signification. En conséquence, tant que le débiteur, fût-il insolvable, fait honneur à sa signature, supplée par son crédit à son insolvabilité et trouve dans ce crédit les ressources grâce auxquelles il fait face à ses échéances, les règles essentielles du commerce, l'exactitude et la ponctualité, sont sauves ; aucun trouble n'est présentement apporté à la vie commerciale ; le commerçant n'est pas en état de cessation de paiements ; il ne peut être déclaré en faillite (2) et la période suspecte ne peut donc être considérée comme ouverte. Il est peut-être insolvable depuis longtemps ; les actes contraires à l'égalité ne peuvent être poursuivis cependant. Le Tribunal ne pourrait, en particulier, sur la foi de rumeurs ou de présomptions, si fondées soient-elles, ordonner des mesures d'instruction à l'effet de vérifier la solvabilité du commerçant et d'examiner par quels moyens il se procure les fonds avec lesquels il paye (3). Toute investigation de ce genre aurait pour effet de précipiter la ruine du crédit du commerçant qu'il s'agit de ménager.

13. — Deuxième limite : la clôture de l'union ou l'exécution du concordat.

Entré tardivement en application le jour où commence la période suspecte, le principe de l'égalité ne peut plus être invoqué après la clôture de l'union et après l'exécution du concordat bien que les créanciers n'aient pas été intégralement désintéressés. Après la clôture de l'union, les créanciers

l'art. 446 qu'ils pourraient être annulés dans la mesure où ils auraient été passés dans les dix jours avant celui de la cessation des paiements.

(2) Civ. 14 mai 1930, D.P. 33.I.121 ; Rapp. Limoges, 8 juin 1894, Rec. Riom 1891-1895, page 86 ; Douai, 25 août 1874, Jurisp. Douai 1875-79.

Loi italienne du 16 mars 1942, art. 5, alinéa 2.

(3) Orléans, 28 février 1855, D. 55.II.155 ; Angers, 10 mars 1896, D. 98.II.345.

« rentrent dans l'exercice de leurs actions individuelles » (art. 539) et le paiement comme avant la cessation des paiements est le prix de la course. Après l'exécution du concordat, le débiteur encore tenu d'une obligation naturelle pour la portion des dettes dont la remise lui a été accordée, peut en acquitter le montant vis-à-vis de tel créancier de son choix (1). Le débiteur pourrait même s'y engager pendant l'exécution du concordat (2), à la condition qu'il fût convenu que l'engagement ne prît effet qu'après l'exécution du concordat (3).

Après l'exécution du concordat, le principe de l'égalité qui cesse d'atteindre les actes d'où résulterait pour un créancier un traitement plus favorable, ne peut même plus être invoqué à l'égard des actes contraires à l'égalité accomplis pendant l'exécution du concordat. La solution peut paraître normale ; son exactitude au regard de la théorie des nullités mérite explication.

14. — (Suite). Impossibilité pour le débiteur de demander, après l'exécution du concordat, la nullité des actes contraires à l'égalité accomplis pendant l'exécution du concordat.

A coup sûr, les créanciers ne peuvent incriminer l'avantage dont bénéficie l'un d'entre eux. De quoi se plaindraient-ils ? Ils ont touché les dividendes qu'ils avaient stipulés et épuisé leurs droits contre le débiteur. L' « intérêt », condition de leur action, fait défaut.

Pas davantage, le débiteur, agent occasionnel de l'égalité,

13. — (1) Civ. 30 déc. 1908, S. 1911.I.375. Le droit italien admet une solution identique. Cf. Giuseppe AULETTA, note à la *Rivista del Diritto Commerciale* 1940-II.523 *in fine* ; Milan, 19 oct. 1923, *Rivista* 1924-II.301 ; Naples, 2 mai 1934 ; Bologne, 21 fév. 1938.

(2) Avant le vote du concordat, la promesse par laquelle le failli s'engagerait à désintéresser un créancier, fût-ce après l'exécution du concordat, risquerait d'être réputée comme prix du vote du créancier au concordat et tomberait, comme tel, sous le coup des articles 597 et 598 (Com. Marseille, 12 nov. 1895, J. F. 97.38 ; Com. Seine, 13 mars 1900, J. F. 02.359 ; Bordeaux, 4 mars 1897, J.F. 97.358). Semblable présomption est certainement inconnue de la jurisprudence italienne. Cf. Cass. Ital. 10 juin 1940 (*Rivista* 1940.II.521, note AULETTA).

(3) Com. Seine, 24 mai 1887, J.F. 87.369 ; Req. 26 mars 1888, D. 89.I.258 ; Com. Nantes, 23 mars 1889, J.F. 89.397 ; Com. Marseille, 12 nov. 1895, J.F. 97.38 ; Civ. Seine, 17 janv. 1901, J.F. 02.28 ; Com. Seine, 23 juillet 1914, J.F. 17.38 ; Req. 8 janv. 1919, J.F. 19.160.

ne pourrait se prévaloir des articles 597 et 598 et demander la nullité des avantages qu'il aurait accordés pendant l'exécution du concordat afin de rétablir — dans son intérêt personnel — l'égalité détruite entre les créanciers (1). Ainsi, le débiteur qui a désintéressé un créancier pendant l'exécution du concordat, ne peut plus, après l'exécution du concordat, répéter les sommes qu'il a versées ; au cas où il se serait engagé à désintéresser un créancier pendant l'exécution même du concordat, mais n'aurait pas tenu sa promesse, il ne pourrait, après l'exécution du concordat, exciper de la nullité du traité dont l'exécution lui serait réclamée, ou en demander la nullité par voie d'action (2).

A la vérité, la question n'a pas été directement soulevée devant les tribunaux et la doctrine ne l'a pas envisagée. Mais la solution qu'elle comporte peut s'induire néanmoins des motifs de deux arrêts, l'un de la Chambre des Requêtes (3), l'autre de la Cour de Bordeaux (4).

Dans l'espèce de l'arrêt de la Chambre des Requêtes, un débiteur concordataire s'était engagé, pendant l'exécution du concordat, à verser à un créancier, après l'exécution de celui-ci, le solde de sa créance. Mais la reconnaissance de dette qu'il avait souscrite portait un intérêt annuel et le débiteur avait acquitté celui-ci pendant l'exécution du concordat. La Cour de Cassation a jugé « que l'acquittement annuel des intérêts de la somme n'avait pas... préjudicié aux créanciers puisque les dividendes promis leur avaient été régulièrement payés, et qu'en donnant effet, dans ces conditions, à l'engagement, l'arrêt attaqué n'avait pas violé les articles 597 et 598 ».

De son côté, la Cour de Bordeaux, pour juger les articles 597 et 598 applicables à un engagement de désintéresser l'un de

14. — (1) Le débiteur aurait pu demander la nullité des avantages par lui consentis s'il avait intenté son action pendant l'exécution du concordat.

(2) Les formules rencontrées couramment dans les arrêts (Pau 12 avril 1900, J. 1901.69 ; Colmar, 24 déc. 1936, *Rev. Jur. Alsace-Lorraine* 1937.428) d'après lesquelles l'action civile en nullité dure trois ans comme l'action publique, alors que l'exception est perpétuelle, sont trop absolues. Ces arrêts ne statuaient pas, d'ailleurs, dans l'hypothèse où les dividendes concordataires avaient été intégralement payés.

(3) Req. 8 janvier 1919, J.F. 19.61.

(4) Bordeaux, 10 janvier 1887, J.F. 87.224.

ses créanciers souscrit et exécuté par le débiteur au cours de l'exécution du concordat, prend soin d'observer qu' « il n'était pas justifié que les dividendes eussent été acquittés ultérieurement (à l'acte incriminé) ». On peut déduire de ce motif de l'arrêt que l'acquittement des dividendes eût fait échouer l'action en nullité.

Sur le terrain des faits, la solution que l'on peut dégager des arrêts suscite immédiatement l'approbation. Après l'exécution du concordat, c'est-à-dire à une époque où le principe de l'égalité a cessé d'être en application, l'atteinte portée au principe de l'égalité n'est plus irritante. Mieux, il n'y a plus atteinte au principe de l'égalité. S'il est exact que le principe de l'égalité cesse de jouer dans la mesure où tous les créanciers ont touché les dividendes qui leur étaient promis, et que le débiteur est libre de transformer, vis-à-vis de tel créancier de son choix, l'obligation naturelle dont il est tenu en obligation civile, l'appréciation de la validité de l'acte suivant que l'inégalité aurait été accomplie postérieurement ou antérieurement à l'exécution du concordat semble être pure subtilité et aboutir à limiter arbitrairement la liberté du débiteur. Une seule chose compte : l'exécution du concordat.

Sur le terrain du droit, en revanche, la solution des arrêts doit, avant d'être accueillie, être l'objet d'un examen sérieux.

Au premier abord, à la vérité, elle heurte les conceptions communément admises en matière de nullités. On admet, en effet, que les conditions nécessaires à la validité d'une convention doivent exister dès l'instant de sa formation et qu'en l'absence d'un texte (5), la disparition du vice qui l'atteint ne saurait avoir pour effet d'éteindre la nullité. A l'appui de cette opinion, on fait valoir que « la validation » (6)

(5) Ainsi, en vertu de l'article 185, 2° C. Civil, la nullité d'un mariage contracté par une jeune fille qui n'avait point l'âge requis, ne pourra être demandée si la grossesse de la femme intervient dans les six mois du mariage.

(6) Nous employons à dessein le terme « validation » et non pas le terme « confirmation ». La confirmation est l'extinction du droit de critique par la renonciation volontaire de son titulaire (Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse, Lyon, 1909, page 694) ; elle suppose un acte de volonté de ce titulaire. Au cas de validation, au contraire, l'acte passe de la nullité à la validité en l'absence d'un acte de volonté de quiconque.

automatique de l'acte nul à la suite de la disparition du vice qui l'affectait, compromettrait le but poursuivi par le législateur et rendrait vaines les dipositions qu'il a édictées (7). On prend pour exemple les pactes sur succession future et l'on raisonne ainsi (8). Par l'article 1130 § 2 du Code Civil, le législateur a voulu interdire toute convention qui aurait trait à la succession d'une personne alors que celle-ci vivrait encore. La validation automatique du pacte du fait de l'ouverture de la succession du *de cujus* aboutirait à donner effet à la volonté des parties, en dépit de la prohibition légale. En effet, en stipulant à propos d'une succession non encore ouverte, les parties n'ont pu donner à leur accord un effet immédiat ; elles ont traité pour le jour du décès du *de cujus*. La défense de l'article 1130 serait alors illusoire. La sauvegarde de l'ordre public impose qu'en dépit de la transformation de la situation de fait résultant du décès du *de cujus*, la nullité du pacte qui pouvait être demandée avant celui-ci, pût encore être demandée après.

On ne méconnaîtra pas que, dans l'hypothèse envisagée — et l'on pourrait en invoquer d'autres dans le même sens (9) — les raisons invoquées pour exclure la validation automatique d'un acte nul par suite de la disparition du vice qui l'affectait, soient fondées. S'ensuit-il, ainsi qu'on l'a soutenu (10) que, jamais, l'extinction de la nullité ne puisse résulter de la

(7) DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités* (Thèse Aix, 1902 page 242 ; JAPIOT, *op. cit.* page 700).

(8) DROGOUL, *op. cit.* page 242.

(9) Par exemple, Civ. 3 nov. 1930, G.P. 30.II.84. Dans l'espèce de cet arrêt, un notaire avait cédé son étude à un cessionnaire apparent, à charge de la rétrocéder à un tiers, en dépit du principe d'après lequel la démission du titulaire doit être pure et simple et qu'il ne saurait exister entre le cédant et le cessionnaire d'autres obligations que celles qui sont soumises au contrôle de la Chancellerie. Le tiers avait versé une partie du prix en l'acquit du cessionnaire apparent. Le cédant, non payé du complément, l'avait réclamé au tiers devenu titulaire de l'Etude. La Chambre Civile a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel qui avait admis la validité de l'obligation contractée par le tiers ; elle en a donné pour motif que « la titularisation du tiers ne saurait donner force obligatoire à un engagement entaché à l'origine, à raison de sa cause, d'une nullité absolue ». Admettre que la titularisation du cessionnaire réel entraînerait la validation de l'engagement pris par lui rendrait illusoire le principe ci-dessus rappelé.

(10) DROGOUL, *op. cit.*, page 242 ; rapp. JAPIOT, page 700. Pour ces auteurs, cependant (DROGOUL, page 234, JAPIOT, page 758), l'acte serait seulement susceptible d'être confirmé ; rapp. BERTRAND. *La notion d'ordre public en matière de nullité*, Thèse, Lille 1939, page 5 et suivante.

disparition du vice qui entachait l'acte. Semblable généralisation inspirée d'une conception rigide de la notion d'ordre public d'après laquelle celui-ci serait immuable, serait abusive.

La notion d'ordre public, attachée à toute nullité, n'est pas une notion nécessairement permanente ; elle est, au contraire, de son essence une notion relative ; elle peut changer avec les circonstances de fait, et l'on a parlé à juste raison de la « mobilité de la notion d'ordre public » (11). La transformation de la situation de fait ou de droit qui existait au moment de la passation d'un acte et qui entraînait sa nullité peut avoir cette conséquence que l'acte cesse de heurter l'ordre public ; la raison en est que le but de la loi, en dépit de l'acte qui l'enfreignait, a été atteint ; cela se produira, notamment, au cas où le législateur étant intervenu pour protéger certains intérêts, ces intérêts n'ont pas souffert de l'acte qui les menaçait et ont, par la suite, cessé d'avoir besoin de la protection dont ils étaient l'objet. L'ordre public se désintéressant de la nullité, la nullité doit disparaître et l'acte se trouvera automatiquement validé ; on pénètre mieux ainsi la nature de la nullité : elle est une manière d'être de l'acte qui lui est inhérente, tant que persiste le vice qui l'affecte, mais qui, le cas échéant, peut s'en détacher lorsque celui-ci disparaît. On aboutit ainsi — au risque de bouleverser des normes traditionnellement admises — à une conception souple de la théorie des nullités. Malgré le respect qu'il doit professer pour la loi et les principes qui s'en dégagent, l'interprète doit se refuser à être l'esclave des constructions juridiques. Fruit d'une logique impérieuse fonctionnant dans l'ordre idéal, elles sont sans valeur absolue. Le Droit, dont elles sont la traduction, loin d'être une abstraction, est l'expression de la vie ; le rôle de l'interprète est de prévenir toute rupture entre eux (12).

A la tâche qui lui incombait d'adapter le « construit » au « donné » la jurisprudence n'a pas failli. Elle a admis que la vente de la chose d'autrui, nulle en vertu de l'article 1599

(11) JAPIOT, *op. cit.*, page 316.

(12) Comp. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd. 1932, Tome 2, page 131 et s. ; NAST, *La fonction de la jurisprudence dans la vie française*, 1922.

du C. Civil, devenait inattaquable (13) lorsque certains faits postérieurs à la vente avaient mis l'acheteur à l'abri de toute crainte d'éviction (14), parce que le vendeur, par exemple, avait acquis la propriété de la chose (15) ou parce que le véritable propriétaire avait ratifié la vente (16).

On rencontre une jurisprudence analogue à propos des inefficacités concernant la preuve. On sait que, d'après l'article 1325, § 2 et 3 C. Civ., les conventions doivent être rédigées en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et que chaque exemplaire doit contenir la mention du nombre d'exemplaires qui ont été faits. En vertu de ces dispositions, l'acte rédigé en double exemplaire, mais sans la mention « fait double » n'a pas de valeur probante. La jurisprudence a admis, néanmoins, que l'inefficacité serait couverte si la preuve de la rédaction en double était faite par la représentation des deux originaux. Le but de la loi n'est pas tant, en effet, que soient inscrits les mots « fait double » que d'obtenir la rédaction effective des deux originaux (17).

Les arrêts d'où il résulte que l'exécution du pacte concordataire emporte validation automatique des actes destructeurs de l'égalité accomplis pendant l'exécution du concordat s'insèrent dans le cadre de cette jurisprudence. Il faut les approuver. La solution qui s'en dégage ne rend pas illusoire la prohibition des articles 597, 598 ; elle ne l'affecte nullement.

La volonté du législateur est que soient considérés comme nuls les avantages consentis par le débiteur à un créancier dans la mesure où ils sont « à la charge de l'actif ». En édictant cette disposition, le but poursuivi par le législateur est la protection des intérêts des créanciers. La « validation » automatique de l'acte qui résulte de l'exécution du concordat n'empêche pas que la volonté du législateur ait été respectée et que le but qu'il poursuit ait été atteint.

Tant que l'avantage consenti à un créancier peut être considéré comme à la charge de l'actif, c'est-à-dire, pendant

(13) Depuis un arrêt de la Ch. Civ. du 23 janv. 1832, S. 1832.I.166 et en vertu d'une jurisprudence constante, seul l'acheteur peut demander la nullité.

(14) HAMEL, *Traité Pratique de Planiol et Ripert*, Tome X, 1932, n° 50.

(15) Nancy, 14 nov. 1894, D. 95.II.349.

(16) Civ. 20 juillet 1925, G.P. 25.II.517.

(17) Cass. 13 juin 1883, D. 83.I.38 ; JAPIOT, *op. cit.*, page 703, note 2.

l'exécution du concordat, la nullité peut être demandée tant par le débiteur que par les créanciers. Mais, une fois le concordat exécuté, il est avéré que l'acte n'a pas été à la charge de l'actif puisque le débiteur a payé intégralement les dividendes concordataires. La volonté de la loi n'a plus lieu de s'appliquer. Quant au but de la loi, la protection des intérêts des créanciers, l'exécution du concordat montre qu'il a été atteint. La validation automatique de l'acte ne compromet en rien sa réalisation.

Vainement prétendrait-on que le droit pour le débiteur de demander la nullité de l'acte passé en contravention de l'égalité est un droit acquis (18) dont l'exécution du concordat ne peut le priver. L'objection serait pertinente si ce droit avait été conféré au débiteur dans son intérêt personnel ; or, il lui a été conféré dans l'intérêt des créanciers afin que, de son exercice, résulte le rétablissement de l'égalité qui aurait été rompue. L'exécution du concordat lui fait perdre ce droit, parce que le principe de l'égalité a épuisé son effet et que l'intérêt des créanciers a cessé d'être pris en considération. Le maintien au profit du débiteur du droit de demander la nullité des actes qu'il aurait passés pendant l'exécution du concordat serait une prime à la mauvaise foi ; elle aboutirait à autoriser un contractant à se dédire d'un contrat passé par lui (19). Le législateur n'a pas voulu ce résultat.

La validation automatique, du fait de l'exécution du concordat, des actes passés par le failli pendant l'exécution du concordat, en contravention du principe de l'égalité, donne au principe de l'égalité sa juste mesure de principe conçu dans l'intérêt des seuls créanciers et qui, à ce titre, cesse de jouer lorsque les créanciers ont perdu tout droit contre le débiteur, c'est-à-dire après l'exécution du concordat (20). En l'admettant, la jurisprudence a fait œuvre cohérente ; il faut

(18) JAPIOT, *op. cit.* page 700.

(19) Comp. HAMEL, *Traité pratique de Planiol et Ripert*, tome X, n° 50.

(20) Si, au point de vue civil, la nullité disparaît, au point de vue pénal, l'infraction demeure. Peu importe que les conséquences néfastes de l'acte aient disparu. En présence d'un délit consommé et en l'absence d'un texte (tels les articles 247 et 355 du Code Pénal), la peine prévue par la loi doit être infligée au créancier si le ministère public la requiert (Rapp. DONNEDIEU DE VABRES — *Traité élémentaire de droit criminel*, 2e éd. 1943, page 128). C'est une hypothèse de survie de l'action publique à l'action civile.

l'approuver et se féliciter de la manière dont elle a assoupli, à l'occasion d'une hypothèse idéale, la théorie des nullités.

Si, d'après les dispositions légales, le principe de l'égalité commence à s'appliquer le jour où le débiteur aurait pu être déclaré en faillite et cesse de jouer après la clôture de l'union et l'exécution du concordat, on examinera maintenant comment la jurisprudence et la convention des parties ont étendu la durée d'application du principe de l'égalité de manière à ce que celui-ci puisse jouer à une époque aussi proche que possible de celle où est survenue l'insolvabilité du débiteur et tant que les créanciers n'ont pas été intégralement désintéressés.

Section II

LES EXTENSIONS DE LA DURÉE NORMALE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ

A. — L'application anticipée du principe de l'égalité

15. — Dualité de la notion de cessation des paiements ; exposé de la jurisprudence.

Pour rétablir l'égalité détruite par les actes conclus par le débiteur entre le jour où il est devenu insolvable et le jour de la cessation de ses paiements, déterminé par le non-acquittement d'une dette exigible, l'action Paulienne est le seul moyen susceptible d'être utilisé par application du droit commun. L'article 447 du Code de 1807 en réservait expressément l'exercice ; le législateur de 1838 n'a pas cru utile d'en faire mention. Au service de l'égalité cependant, l'action Paulienne est, par ses conditions d'exercice et, en conséquence, par les actes qu'elle peut atteindre, un procédé d'application limitée. Pour le seul motif qu'ils détruisent l'égalité, l'action Paulienne ne peut conduire à déclarer inopposables à la masse des actes tels que paiements, dations en paiement, constitutions de sûretés. Mieux, les actes précités sont considérés par la jurisprudence comme l'exercice légitime d'un droit pour le

créancier, connaîtrait-il l'état de déconfiture de son débiteur. Ils ne peuvent être annulés que s'ils ont été conclus entre le créancier et le débiteur dans le dessein frauduleux de soustraire aux poursuites des autres créanciers tout ou partie des biens du débiteur (1). Valables lorsqu'ils sont intervenus avant la cessation des paiements, ces actes destructeurs de l'égalité auraient été déclarés inopposables à la masse soit de plein droit, soit à la condition que le créancier ait connu l'état de cessation des paiements du débiteur, s'ils étaient intervenus pendant la période suspecte (art. 446, 447).

Pour hâter l'application du principe de l'égalité, la jurisprudence s'est efforcée, en reportant aussi loin que possible dans le passé, parfois même à plusieurs années en arrière (2), la date de cessation des paiements, de faire coïncider la date de la cessation des paiements avec la date qui a marqué le début de l'insolvabilité du débiteur ou, tout au moins, de les rapprocher. Les arrêts n'ont pas dissimulé le but qu'ils poursuivaient. Ils ont fait expressément état de l'insolvabilité du débiteur pour déterminer la date de la cessation des paiements (3). Un arrêt a même refusé de reporter la date de la cessation des paiements à une époque où le débiteur avait laissé impayés des effets pour le motif implicite qu'à cette époque il n'était pas insolvable et qu'en tout cas il possédait des biens immobiliers considérables (4).

Pour parvenir au but qu'elle poursuivait, la jurisprudence a été amenée à adopter une conception différente de la notion de cessation des paiements, suivant que la cessation des paiements était condition de la déclaration de faillite ou

15. — (1) GROUBER, *De l'action Paulienne*, Thèse, Paris, 1913, nos 95 à 115. Paiements et dations en paiements : Cass. 7 juillet 1896, D. 98.I.59 ; Civ 3 mars 1869, S. 69.I.149 ; Cass. 3 mai 1892, D. 94.I.202 ; Req. 9 mai 1910, D. 10.I.462. Constitutions de sûretés : Cass. 25 fév. 1845, S. 45.I.417 ; 12 fév. 1849, S. 49.I.127 ; 14 déc. 1858, S. 60.I.987 ; Grenoble, 19 juin 1900 D. 02.II.277.

(2) Cessation des paiements fixée à trois ans de la déclaration de faillite : Req. 22 fév. 1928, D. 29.I.149 ; à 25 mois : Req. 6 mars 1905, D. 06.I.249 ; à 18 mois : Paris, 27 janv. 1908, J.F. 09.363 ; à 16 mois : Crim. 12 nov. 1941, D.A. 42.J.35.

(3) Civ. 2 mars 1932, D. 33.I.121 ; Req. 30 janv. 1934, G.P. 34.II.314 sous-note a ; Req. 29 juin 1899, D. 00.I.349 ; Req. 11 juin 1907, S. 08.I.233 ; Poitiers, 29 juil. 1912, J.F. 1915.28 ; Rennes, 20 fév. et 11 mai 1924, J.F. 26, pages 48 et 50 ; Paris, 13 janv. 1938, D.H. 38.136.

(4) Cass. Req. 11 déc. 1929, J.F. 30.64 ; rappr. Paris 8 juillet 1942, *La loi*, 30 déc. 1942.

point de départ de la période suspecte. Elle lui a donné au second cas une portée beaucoup plus large que celle qu'elle lui a accordée au premier cas. Lorsque la cessation des paiements est envisagée comme condition de la déclaration de faillite, la jurisprudence entend — on le sait (5) — la cessation des paiements comme le non-acquittement d'une dette exigible ; c'est alors un acte extérieur et ostensible. Lorsqu'il s'agit de fixer dans le passé le point de départ de la période suspecte, la jurisprudence décide que la cessation des paiements peut être distincte de l'arrêt matériel et ostensible du service de caisse (6), qu'elle peut résulter de l'utilisation faite par le commerçant, en vue de soutenir son crédit, de procédés illicites et frauduleux, voire même de simples moyens factices ou d'expédients ruineux. Peu importe que ces procédés, moyens, expédients, soient restés occultes et ignorés des tiers, jusqu'au jour de leur révélation à la suite des investigations du syndic ou de l'ouverture d'une instruction pénale pour banqueroute.

L'opposition entre les deux définitions de la cessation des paiements apparaît avec éclat dans l'hypothèse suivante : au cas de déclaration de faillite résultant de l'inexécution d'un concordat amiable intervenu avant toute déclaration de faillite ou même après déclaration de faillite, rétractée sur opposition ou appel, des décisions de jurisprudence (7) ont admis que la période suspecte pouvait être reportée à la date de la conclusion de l'arrangement. Le résultat est curieux ; le concordat amiable avait effacé la cessation des paiements comme cause d'ouverture d'une première faillite, mais l'a laissée subsister comme point de départ de la période suspecte de la faillite subséquente.

C'est en 1881 que la conception extensive de la notion de cessation des paiements, en tant que celle-ci détermine le point de départ de la période suspecte, a triomphé devant la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (8). La Chambre

(5) Cf. *supra* page 40.

(6) Par ex. Rennes, 3 fév. 1937, R.F. 37.678 ; Poitiers, 17 juil. 1894, J.F. 95.363.

(7) Alger, 13 mai 1896, D. 97.2.362 ; Rouen, 3 août 1898, J.F. 99.209 ; Lyon, 19 oct. 1906, J.F. 07.32.

(8) Req. 12 juillet 1881, S. 82.I.64 ; cf. de même Req. 30 nov. 1903, D. 03.I.544 ; 11 nov. 1907, D. 1911.I.503 ; Req. 3 nov. 1937, D.H. 38.20 ; Req.

Criminelle devait ultérieurement l'adopter à l'occasion de poursuites pour banqueroute (9). La Chambre Civile, en revanche, par un arrêt du 27 juillet 1909 (10) n'avait pas admis, semblait-il, la conception dualiste de la cessation des paiements adoptée par la Chambre des Requêtes et la Chambre Criminelle ; elle avait rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait refusé de considérer les détournements occultes effectués par le débiteur pour solder ses échéances comme constitutifs de l'état de cessation de paiements ; elle en avait donné pour motif que : « jusqu'au dépôt du bilan, il n'y avait eu ni refus de paiement constaté, ni jugements, ni actes de poursuite quelconque ; qu'en un mot... il ne s'était produit aucun fait ostensible ». On en avait conclu que la Chambre Civile refusait de faire état des agissements occultes du débiteur, pour déterminer le point de départ de la période suspecte.

A la vérité, ainsi qu'on l'a montré (11), la position de la Chambre Civile était moins tranchée que l'on avait bien voulu l'écrire (12) et l'analyse de ses arrêts ultérieurs (13) pouvait inciter à penser qu'elle était proche de celle de la Chambre des Requêtes. En tout cas, par arrêt du 5 janvier 1937 (14), la Chambre Civile a fait sienne la conception de la Chambre des Requêtes, elle a rejeté le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Bourges pour le motif qu' « en déduisant de procédés... occultes et manœuvres clandestines employés par lui pour soutenir son existence commerciale que le débiteur n'avait qu'une vie fictive et que la cessation des paiements devait être reportée au..., l'arrêt n'a violé aucun des textes visés au moyen ». Cette solution est maintenant définitivement

25 nov. 1939, D.H. 40.30 ; Req. 7 juillet 1941, J.D.F., répertoire 1936-1946, page 75.

(9) Crim. 19 oct. 1912, *Bulletin Criminel* 1912, page 924 ; 12 nov. 1941, D.A. 1942.J.35.

(10) D. 10.I.345.

(11) CHÉRON, note au D. 1929.I.150, col. 2, *in fine* ; BESSON, note au D. 1933.I.122, col. I.

(12) VOULET, *La notion de cessation des paiements*, Thèse, Aix, 1934, page 178 et s. ; LAGARDE, note au S. 33.I.121.

(13) Civ. 31 déc. 1913, D. 17.I.143 ; 20 octobre 1924, D. 26.I.108 ; 2 mars 1932, D. 33.I.121.

(14) R.F. 1937.120.

acquise ; la Chambre Civile l'a reproduite dans un nouvel arrêt du 8 novembre 1938 (15 et 16).

Tour à tour, en jurisprudence, la circulation d'effets de complaisance, la dation en paiement, la revente à perte, des emprunts onéreux, la dépendance dans laquelle le débiteur s'est placé vis-à-vis d'un créancier, la concession de sûretés ont été considérés comme pouvant constituer le point de départ de la période suspecte. Au nombre, toutefois, de ces moyens, procédés, expédients, la rupture de l'égalité par la concession de sûretés est pour la jurisprudence le signe le plus révélateur de l'état de cessation des paiements du débiteur. Assurément la constitution d'une sûreté au profit d'un créancier n'est pas ordinairement retenue comme suffisante à elle seule pour constituer le débiteur en état de cessation des paiements (17). A adopter la solution contraire, les constitutions de sûretés deviendraient pour les commerçants une opération extrêmement périlleuse puisqu'elle leur ferait courir le risque grave d'être réputés *ipso facto* en état de cessation de paiements. Autant dire qu'il leur serait pratiquement impossible d'y recourir.

Pour que la constitution d'hypothèque puisse servir de point de départ à la période suspecte, il faut, d'après la jurisprudence, qu'il soit possible d'y voir un expédient ruineux, par lequel le failli ait eu pour but de prolonger artificiellement

(15) *Bulletin des arrêts de la Chambre Civile*, 1938, page 378.

(16) L'unité réalisée entre les chambres de la Cour de Cassation aura sans doute pour effet d'entraîner celle des décisions des juridictions inférieures jusqu'à présent très divisées :

Dans le sens de la Cour de Cassation : Toulouse, 19 déc. 1932, D. H. 33.75 ; 20 juill. 1934, D.H. 34.361 ; Rennes, 3 févr. 1937, R.F. 37.687 ; Paris, 11 mars 1937, R.F. 37.682 ; 13 janv. 1938, R.F. 38.287 ; Lyon, 7 janv. 1936, *Moniteur Jud. de Lyon*, 28 août 1936.

En sens contraire : Dijon, 2 févr. 1934, Rec. Dijon, 1934.161 ; Bordeaux 17 avril 1934, Rec. Bordeaux 1934.383 ; Colmar, 16 févr. 1835, Rev. Alsace-Lorraine, 1935.475 ; Rouen, 10 juillet 1935, D.H. 35.534.

Pas davantage l'accord n'existe-t-il entre les auteurs :

Dans le sens de la Cour de Cassation : Chéron, D.P. 13.II.369 ; D.P. 29.I 149 ; Bourcart, D. 11.I.273 ; Voulet, Thèse précitée ; Mangez, *De la détermination de la période suspecte*, Thèse, Lille, 1933 ; Percerou et Desserteaux, Tome I, page 259.

En sens contraire : Guenée, D. 06.I.249 ; Lacour, D. 10.I.345 ; D. 26.II.9 ; Lyon-Caen, S. 11.I.73 ; Lescot, S. 25.I.105 ; Mancel, Conclusions, G.P. 1925. I.527 ; Besson, D. 33.I.121 ; Bonnecase, *Annales de Droit Commercial*, 1910. 366 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Tome 7, n° 118, page 151 ; Alauzet, *Commentaire des Faillites*, 1879, Tome I, n° 2407.

(17) Req. 22 nov. 1937, S. 38.I.30 ; 17 oct. 1939, D.H. 40.5.

sa vie commerciale compromise. Ainsi en sera-t-il lorsque la constitution de la sûreté sera intervenue au cours d'une circulation d'effets de complaisance (18), ou si elle fait suite à des emprunts (19) ou au non-paiement d'effets de commerce (20). Circulation d'effets de complaisance, recours fréquents à l'emprunt, non-paiement d'effets, auraient suffi à eux seuls à caractériser la cessation des paiements du débiteur ; en dépit de leur coexistence avec la constitution de sûretés, la jurisprudence n'en fixe pas moins la date de cessation des paiements le jour où l'égalité a été rompue au profit d'un créancier.

En l'absence même des adminicules qui viennent d'être signalés, la constitution de sûretés caractérisera la cessation des paiements lorsque le débiteur y aura recouru d'une manière fréquente et continue (21). Et même en des circonstances exceptionnelles, lorsqu'elle sera la preuve de l'état désespéré des affaires du commerçant, la constitution d'une seule sûreté pourra suffire à constituer le débiteur en état de cessation des paiements (22).

16. — Raisons d'approuver la jurisprudence.

Indépendamment du but qu'elle poursuit : l'égalité entre les créanciers, la jurisprudence que l'on vient d'analyser pourra paraître justifiée au regard des principes juridiques. Par la prolongation artificielle de sa vie commerciale, grâce au recours à des expédients ou moyens factices et ruineux — valables en eux-mêmes — le commerçant à qui le code prescrivait de faire l'aveu de sa situation en déposant son bilan (art. 438) a créé une situation apparente non conforme à la réalité. Son dessein était d'engendrer l'illusion chez les tiers. C'est à détruire l'apparence et l'illusion, que ces procédés avaient fait naître, que le juge pourvoit en déclarant le commerçant en état de cessation de paiements le jour où il a recouru à ces procédés et expédients. Ce faisant, il rétablit la

(18) Req. 6 nov. 1905, D. 06.I.249.
(19) Civ. 5 janv. 1937, R.F. 37.120.
(20) Req. 22 nov. 1928, D. 28 I.49; 28 déc. 1903, G.P. 04.I.205.
(21) Bordeaux, 14 août 1889, J.F. 90.58 ; Paris, 20 oct. 1894 ; J.F. 1896. page 147.
(22) Req. 31 mai 1932, G.P. 32.II.51 ; rapp. Civ. 1er août 1938, S. 38. I.324 ; Rouen, 24 avril 1912, J.F. 1912.324.

réalité. Le report de la date de la cessation des paiements est une déclaration de simulation. L'idée surprendra peut-être. Mais la théorie de la simulation ne doit pas être considérée comme un chapitre particulier du droit civil ou même, d'une manière plus étroite, de la théorie des obligations ; elle dépasse le cadre de l'article 1321 du Code Civil. Parce qu'elle est d'inspiration profondément humaine, la simulation est susceptible d'affecter toute situation juridique : en toute hypothèse, elle doit pouvoir être poursuivie par l'exercice de l'action en déclaration de simulation (1).

17. Critique de la jurisprudence.

Cependant, la jurisprudence présentement examinée, qui pourrait éventuellement servir de base à une modification législative des dispositions du Code de Commerce, ne résiste pas à la critique au regard du droit positif (1). Les titres qu'elle peut présenter ne sauraient prévaloir contre la lettre et l'esprit de la loi.

En donnant à l'expression de cessation des paiements une acception différente suivant qu'il s'agit de fixer dans le passé le point de départ de la période suspecte (art. 441) ou de déclarer la faillite (art. 437), la jurisprudence méconnaît les règles

16. — (1) Jean ABBEILLE, *La simulation dans la vie juridique et, particulièrement, dans la vie des Sociétés*, Thèse, Aix, 1938.

17. — (1) Sic. BESSON, note précitée, D. 1933.I.121 *in fine* ; HAMEL, note au rec. PENANT, 1935.137.

Nous croyons savoir que cette modification est réalisée par le projet de réforme de la législation des faillites préparé par le Ministère du Commerce et soumis à l'Association Nationale des Syndics et Liquidateurs Judiciaire le 14 nov. 1947. D'après ce projet, sur déclaration du commerçant, sur requête des créanciers ou d'office, le tribunal constaterait l'état de cessation des paiements du débiteur et déterminerait l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements. Ultérieurement et après avoir recueilli tous renseignements utiles, le tribunal prononcerait la faillite ou admettrait le débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire, appelée désormais règlement judiciaire. — Aux termes de ce projet, en conséquence, la détermination du point de départ de la période suspecte et la constatation de la cessation des paiements du débiteur se référeraient à une notion unique de la cessation des paiements. — A la vérité, cette vue est plus théorique que pratique. Hormis le cas, en effet, où le débiteur aura déclaré sa situation, la constatation de la cessation des paiements par le tribunal supposera que la cessation des paiements se soit *extérieurement* manifestée ; en revanche, pour la détermination du point de départ de la période suspecte, la cessation des paiements pourra résulter de l'utilisation de procédés restés occultes.

élémentaires de l'interprétation des textes. La même expression de cessation des paiements contenue aux articles 437 et 441 ne peut avoir que le même sens : le sens d'arrêt ostensible de service de caisse que la jurisprudence lui accorde, pour les raisons qui ont été exposées, lorsque la cessation des paiements conditionne la déclaration de faillite, commande celui qu'elle doit lui reconnaître lorsque la cessation des paiements est envisagée comme point de départ de la période suspecte.

La jurisprudence italienne, sous l'empire du Code de Commerce de 1882, avait su éviter les reproches qu'encourt la jurisprudence française. Le texte de l'article 705 du Code de Commerce italien aurait pu cependant paraître justifier des errements identiques à ceux de la jurisprudence française. Il portait : « Le fait de paiements continus à l'aide de moyens ruineux ou frauduleux ne saurait être un obstacle à la déclaration que le commerçant était en état de cessation de paiements » mais la jurisprudence italienne, éclairée par la doctrine (2) jugeait que la notion de cessation des paiements était nécessairement une ; elle en déduisait que l'utilisation de procédés ruineux ou frauduleux justifiait, non seulement le report de la date de la cessation des paiements, mais aussi la déclaration de faillite, et qu'ils devaient, pour être retenus, s'être manifestés extérieurement.

En Italie, d'ailleurs, le problème ne se pose plus depuis la loi du 16 mars 1942 (3). Le législateur a rejeté la notion de cessation des paiements. La déclaration de faillite du commerçant est subordonnée à l' « *insolvenza* » (4) du commerçant (art. 5), et une durée préfixe de un, deux ou cinq ans suivant les actes, a été assignée à la période suspecte (art. 64 et suivants).

La liberté que prend la jurisprudence française avec les règles de l'interprétation des textes constitue de sa part un détournement de pouvoir. Par l'article 441, le législateur

(2) NAVARRINI, Tome I, n° 241, page 297 et la jurisprudence citée ; BRUNETTI *Nuovo Digesto Italiano*, 1938, V° *Fallimento*, n° 10 ; CANDIAN *Processo di fallimento*, page 32, n° 18.

(3) Sur la question, LORDI, *Il fallimento*, 1946, pp. 107 et 141.

(4) L'insolvabilité du commerçant est entendue de tous faits extérieurs qui démontrent que le débiteur n'est plus en mesure de satisfaire ses obligations. C'est la définition qu'en donne l'article 5.

imposait au juge de « déterminer l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements » ; il lui faisait un devoir de rechercher in abstracto la date à laquelle le débiteur avait arrêté, au moins partiellement son service de caisse, c'est-à-dire, la date à laquelle la déclaration de faillite aurait pu intervenir. Le juge, en se préoccupant de l'incidence de sa décision sur les actes accomplis par le failli et en fixant in concreto en fonction de celle-ci le point de départ de la période suspecte, s'arroge un pouvoir que la loi ne lui a pas donné, ou plutôt, use du pouvoir que la loi lui a donné à des fins non prévues par elle. Les traits essentiels de la faillite tels que le législateur de 1807 et de 1838 les avait conçus s'en trouvent déformés.

En effet, pour protecteurs qu'ils soient de l'égalité entre les créanciers, les efforts déployés par la jurisprudence pour rapprocher la date de la cessation des paiements de l'époque de l'insolvabilité, sont contraires à l'esprit de la loi d'après lequel la cessation des paiements est distincte de l'insolvabilité, l'état de gêne précurseur de la faillite distinct de la faillite. Par ailleurs, les nullités, de la période suspecte ont été conçues pour sanctionner, entre autres actes, les actes par lesquels le failli, succombant à la pression de la dernière heure de l'un de ses créanciers, aurait porté atteinte au profit de ce dernier à la règle de l'égalité postérieurement à l'arrêt au moins partiel de son service de caisse. Par les solutions qu'elle adopte, la jurisprudence a transformé les actions en nullités des articles 446 et 447 en « succédanés » (5) de l'action Paulienne dont les conditions seraient simplifiées et le champ d'application élargi. L'augmentation, enfin, de la durée de la période suspecte qui en résulte va directement à l'encontre du but avoué du législateur qui était de réduire au minimum la durée de la période suspecte afin d'assurer la sécurité des relations commerciales (6).

Contraires aux textes, les solutions de la jurisprudence nuisent au crédit commercial. Il est inexact de soutenir en

(5) L'expression est de M. Lescot, S. 1925.I.105.

(6) Cf. *Travaux préparatoires de la loi de* 1838, Persil, Chambre des Députés, 11 février 1838, *Moniteur*, 12 fév., page 309, 1re col. ; Cf. également Moreau de la Meurthe, Chambre des Députés, lundi 9 fév., *Moniteur*, 10 fév. ; Renouard, *Traité des Faillites*, 3e éd. 1857, Tome I, pages 357 et 358.

effet, comme on l'a écrit, que « lorsque la faillite est prononcée, il n'y a plus à alléguer la juste crainte de compromettre le crédit encore existant du commerçant ; (que) le crédit est à terre, qu'il est trop tard pour avoir des scrupules de le ménager et que les investigations, regardées à juste titre comme une inquisition odieuse lorsqu'il s'agit de prononcer la faillite, ne risquent plus d'entraîner les inconvénients qu'elles auraient alors provoqués » (7). La sécurité des relations juridiques postule, au contraire, que la validité d'un contrat ne puisse, autant que possible, être mise en question pour une cause postérieure à sa conclusion ; c'est à la généralisation de la règle contraire qu'aboutit la jurisprudence.

A l'origine de l'erreur de la jurisprudence se trouve, d'ailleurs, une méprise. Pour la jurisprudence, prolonger son crédit au moyen de procédés factices et d'expédients ruineux — (et la jurisprudence ne conteste pas que, par l'utilisation de ces procédés, le commerçant ait conservé son crédit) (8) — n'est pas avoir de crédit en réalité. La jurisprudence confond le crédit avec les moyens utilisés pour le soutenir. Comme on l'a fait justement remarquer (9), le crédit est ou n'est pas ; parler de crédit factice n'a pas de sens. La question est uniquement de savoir si le commerçant a continué à avoir crédit ; au cas de réponse affirmative, le report de la date de la cessation des paiements à la date à laquelle procédés ou expédients ont été utilisés, n'est pas justifié. Or, à priori, une réponse affirmative s'impose si l'on veut bien observer qu'ordinairement des mois, voire des années séparent, aux termes des arrêts, le point de départ de la période suspecte du jour de la déclaration de faillite.

La méprise de la jurisprudence s'accompagne, par surcroît, d'une conception étroite du crédit. En fixant, chaque fois qu'elle le peut, la date de la cessation des paiements au jour de la constitution d'une sûreté, la jurisprudence semble croire que le crédit commercial est exclusivement le crédit

(7) BOURCART, S. 1911.I.313.

(8) Req. 12 juil. 1881, S. 81.I.64 ; 6 nov. 1905, D. 06.I.249 ; Civ. Cass 8 nov. 1938, Bull. 191, page 378 ; Bordeaux, 14 août 1889, J. F. 90.58 ; Paris, 20 oct. 1894, J. F. 96.147.

(9) BESSON et HAMEL, notes précitées ; rapp. Rouen, 7 mars 1906, J. F. 06.320.

personnel, c'est-à-dire, le crédit qui est fait au commerçant à raison de la confiance qu'ils inspire, de son renom, de ses aptitudes professionnelles, et qu'en second lieu, le crédit est fonction du nombre de personnes disposées à faire crédit. Un commerçant qui n'aurait crédit que d'un seul de ses créanciers, n'aurait pas véritablement crédit : ainsi, la dépendance dans laquelle le débiteur se serait placé à l'égard de l'un d'entre eux pour obtenir le crédit dont il a besoin, vaudrait absence de crédit et arrêt des paiements (10).

L'erreur de la conception de la jurisprudence est certaine. L'important est que, grâce au crédit qui lui est accordé, le commerçant ait continué ses paiements. Le fait que le crédit lui soit accordé par un seul de ses créanciers, et non par l'ensemble, est sans influence. Le fait que le crédit du commerçant soit un crédit réel ne doit davantage être retenu. La jurisprudence oublie que le crédit personnel est souvent assis sur le crédit réel (11). La jurisprudence aboutit à rien moins qu'à priver le commerçant du crédit réel dont il pourrait disposer et dont il aurait besoin pour soutenir sa vie commerciale. Dans la crainte que soient ultérieurement déclarés inopposables à la masse l'hypothèque ou le gage qui lui seraient consentis, un prêteur hésitera à aider un commerçant gêné à franchir une période difficile, à surmonter les difficultés passagères qu'il rencontre ; la faillite du commerçant en deviendra, peut-être, inéluctable (12).

B. — La prorogation conventionnelle de l'application du principe de l'égalité

18. — La clause de retour à meilleure fortune.

Le principe de l'égalité normalement cesse de jouer après la clôture de l'union ou après l'exécution du concordat. Le désintéressement par le débiteur d'un créancier de son choix

(10) GUENÉE, note au D. 06.I.249, critique la jurisprudence.
(11) HAMEL, Tome 2, n° 881.
(12) La jurisprudence est nécessairement amenée, lorsqu'elle applique l'art. 447, à donner à l'expression de cessation de paiements le même sens qu'elle lui donne à l'art. 441 ; la connaissance de la situation critique du commerçant vaut connaissance de la cessation des paiements. BESSON note précitée ; rapp. 16 fév. 1909, J. F. 1909.105.

ne saurait fonder les autres créanciers à se plaindre (1). Au cas de concordat cependant, débiteur et créanciers peuvent proroger l'application du principe de l'égalité. C'est à ce résultat qu'aboutit l'insertion dans le concordat de *la clause* dite « *de retour à meilleure fortune* », par laquelle le failli, pour le cas où il reviendrait à meilleure fortune, s'engage à désintéresser ses créanciers de la partie de la créance dont il lui a été fait remise. Cet effet de la clause semble n'avoir pas retenu suffisamment l'attention de la doctrine.

L'insertion de la clause de retour à meilleure fortune peut avoir une double signification. On sait qu'à la suite du concordat qui lui a été consenti, le failli reste tenu d'une obligation naturelle. L'insertion de la clause précitée peut être interprétée simplement comme la reconnaissance de l'existence de cette obligation naturelle ; elle est alors superflue : le retour à meilleure fortune du commerçant n'emporte pas transformation de l'obligation naturelle en obligation civile. Mais la clause peut avoir des effets plus complets. Les parties ont pu vouloir que le retour du débiteur à meilleure fortune entraînât la transformation automatique de l'obligation naturelle en obligation civile. Tenu alors de leur payer le reliquat de leurs créances, le débiteur doit désintéresser ses créanciers de manière égale ; il doit, aux termes d'un arrêt de la Chambre Civile du 6 novembre 1866 (2), « observer entre eux une égale répartition » (3). On avait raison de dire que la clause de retour à meilleure fortune emportait prorogation conventionnelle de l'application du principe de l'égalité. Il est aisé d'illustrer cette affirmation.

On peut supposer — c'était l'hypothèse à propos de laquelle a été rendu l'arrêt de 1866 précité — qu'après avoir désintéressé l'un de ses créanciers, le débiteur, un temps revenu à meilleure fortune, tombe, à nouveau, en faillite. Le

18. — (1) Civ. 30 déc. 1908, S. 11.I.375.

(2) D. 66.I.441.

(3) Ainsi entendue, la clause de retour à meilleurs fortune doit être rapprochée de la clause « pari passu », parfois stipulée en matière d'émission d'obligations. Aux termes de cette clause, la Société s'engage jusqu'au remboursement des obligations, à ne consentir, au profit des titulaires d'autres obligations déjà émises ou à émettre, aucune garantie sans en faire bénéficier les propriétaires des obligations envers lesquels elle prend l'engagement (JOLY, *Dictionnaire du Droit des Sociétés Anonymes*, V° Obligation, n° 28).

créancier désintéressé pourra-t-il conserver les sommes qu'il a touchées ou devra-t-il en effectuer le rapport ? C'est la seconde solution qu'a consacrée la Chambre Civile ; elle a le mérite de maintenir les créanciers dans une situation strictement égale, mais sa brutalité est certaine. En réclamant et en recevant paiement, le créancier n'a fait qu'exercer son droit. On pourrait concevoir qu'on l'admît à conserver la somme qui lui a été versée, sauf à permettre aux autres créanciers de produire à la nouvelle faillite pour le montant non remboursé de leur créance. Cette solution aurait l'inconvénient grave d'entraîner l'écrasement de la deuxième faillite par les créanciers de la première. En tout cas, si le créancier désintéressé est astreint au rapport des sommes qu'il a touchées, on se demande immédiatement qui pourra l'exiger et à qui il profitera. Profitera-t-il aux créanciers de la nouvelle faillite ou aux seuls créanciers qui ont été parties au concordat ? La Cour de Cassation a jugé que le syndic, à l'exclusion des créanciers de la première faillite, était qualifié pour exiger le rapport, et que les créanciers composant la masse de la deuxième faillite devaient seuls en profiter. Cette double solution est critiquable. Elle n'eût été justifiée que si l'article 447 avait été applicable ; or, tel n'est pas le cas (4). Ainsi que le soutenait le pourvoi, seuls les créanciers de la première faillite devaient être admis à demander le rapport et seuls ils devaient en profiter, puisque seuls ils avaient été parties au contrat (le concordat), où avait été insérée implicitement la promesse d'égalité. En adoptant la solution contraire, la Cour de Cassation détruit, au nom de l'égalité, une situation inégale, sans pour autant rétablir l'égalité.

Quoi qu'il en soit de cette difficulté, la nécessité de maintenir une situation égale entre les créanciers concordataires a pour conséquence d'astreindre le tribunal, saisi d'une poursuite exercée par un créancier qui invoque le retour à meilleure fortune de son débiteur pour lui réclamer le paiement du reliquat de sa créance, à rechercher si le créancier est en mesure de désintéresser non seulement le créancier demandeur, mais l'ensemble des créanciers (5). Au cas où le débi-

(4) Le paiement a été effectué alors que le failli était revenu à meilleure fortune.

(5) Trib. Com. Lille, 21 août 1894, J. F. 96.278, sol. impl.

teur, revenu à de meilleures affaires, ne serait pas en mesure de désintéresser intégralement ses créanciers, le créancier demandeur ne serait pas fondé à réclamer le paiement intégral du reliquat de sa créance. C'est à juste titre, dans ces conditions, que le Tribunal limiterait à un pourcentage déterminé du reliquat le montant des sommes à payer par le débiteur (6).

(6) Com. Nantes, 20 juillet 1910, J. F. 11.136 ; Com. Reims, 27 janv. 1899, J F. 00.286.

CHAPITRE II

DATE D'ÉVALUATION DES DROITS DES CRÉANCIERS

L'égalité entre les créanciers est censée respectée si le règlement ultérieur de ceux-ci est établi proportionnellement au chiffre de leur créance tel qu'il est fixé au jour du jugement déclaratif. Ainsi en décide la jurisprudence (1). Les variations ultérieures du montant de certaines de ces créances, dues, soit aux fluctuations du cours des changes au cas de dettes valablement (2) libellées en monnaie étrangère, soit aux fluctuations des cours des prix au cas de dettes libellées en monnaie française, ne doivent pas être prises en considération.

On rencontre en droit allemand des solutions identiques (3). La loi italienne de 1942 les adopte expressément (4).

(1) C'est ce qu'affirment Cass. Civ. 2 mars 1948 (motifs), J.C.P. 48.2.4408, note Toujas ; Trib. Civ. de la Seine, 12 déc. 1923, G.P. 1924.I.233 ; Douai, 7 déc. 1933, G.P. 1934.I.181.

(2) On sait que les clauses prévoyant le paiement en monnaie étrangère sont valables lorsqu'elles se rapportent à des paiements internationaux c'est-à-dire à des paiements qui donnent lieu à un échange de valeurs entre deux pays (HAMEL, *Cours de Doctorat* 1940-1941, *Théorie juridique de la Monnaie*, page 323). Il en est ainsi au cas d'emprunt émis par une société française en pays étranger. On observera, cependant, qu'il importerait peu que le créancier soit domicilié en France, y ait versé les fonds et que ceux-ci doivent y être restitués. Il suffirait que les fonds soient utilisés à l'étranger pour que la clause soit valable ; il en est ainsi lorsqu'une maison de Paris achète à une autre maison de Paris une machine destinée à être importée d'Amérique (NIBOYET, note au S. 1946.I.17; HAMEL, *Cours de Doctorat* précité, page 315 ; *Banques et Opérations de Banque*, Tome 2, page 468, texte et notes 1 et 2.

(3) THALLER, *Des Faillites en Droit comparé*, Tome I, page 357.

(4) Art. 59 : « Les créances non échues ayant pour objet une prestation en deniers déterminée avec référence à une autre valeur ou ayant pour objet autre chose que des deniers concourent, selon leur valeur, à la date de la déclaration de faillite » ; rapp. art. 79.

C'est à l'occasion des variations de la première catégorie qu'en France, la Cour de Cassation a été amenée à faire état du principe que l'on vient d'énoncer. Appliqué au nom de l'égalité, ce principe conduit à un résultat contraire à l'égalité ; en effet, les titulaires de créances dont le montant a varié entre le jour du jugement déclaratif et le jour du règlement, reçoivent, en définitive, plus ou moins que les autres, proportionnellement au chiffre de leurs créances au jour du règlement.

On examinera successivement l'effet des variations du cours des changes sur les dettes libellées en monnaie étrangère, puis celui des variations du cours des prix sur certaines dettes libellées en monnaie française.

Section I

EFFETS DES VARIATIONS DU COURS DES CHANGES SUR L'ÉVALUATION DES DETTES DU FAILLI VALABLEMENT LIBELLÉES EN MONNAIE ÉTRANGÈRE

19. — Solutions de la jurisprudence ; résultats.

Le fonctionnement de la faillite supposant que toutes les créances soient réduites à un même dénominateur, le créancier, dont la créance est libellée en monnaie étrangère, doit, pour pouvoir produire à la faillite de son débiteur, convertir sa créance en francs français (1). Une jurisprudence fermement établie de la Cour de Cassation (2) et des juridictions inférieures (3), veut que cette conversion soit effectuée d'après

19. — (1) A tort, pour justifier cette obligation, M. Trasbot (*De la stipulation d'avantages particuliers comme condition du vote du concordat*, J. F. 1925.147) invoque-t-il les lois du 17 floréal an 7 et 8 juillet 1837, qui interdiraient l'emploi des appellations de monnaies étrangères dans les actes publics ou privés : car une semblable défense ne résulte pas de ces textes qui se bornent seulement à interdire les appellations de livres, sous, deniers, de l'ancien droit et y substituent l'appellation de franc.

(2) Civ. 17 nov. 1930, D. 32.I.48, S. 31.I.109.

(3) Com. Seine, 10 déc. 1923, *Journ. Trib. Com.* 1925.195, confirmé par Paris 7 fév. 1925 (4 arrêts), D. 26.2.9, note Lacour ; Com. Seine, 12 déc

le cours du change au jour du jugement déclaratif et qu'elle ne puisse être ultérieurement corrigée, au jour du règlement, en fonction des variations du cours du change (4).

On aboutit au résultat suivant : soit un créancier de 100 dollars qui a produit pour 5.000 francs, le dollar valant 50 francs au jour du jugement déclaratif. Si l'on suppose que chaque créancier touche en définitive la moitié de sa créance évaluée en francs français, le créancier envisagé touchera une somme de 2.500 francs. Si, au jour du règlement, la valeur du franc a baissé et que le dollar vaille 75 francs, la somme de 2.500 francs qu'il a touchée correspond à 33 dollars. Si, au contraire, la valeur du franc a augmenté et que le dollar ne vaille plus que 25 francs, la somme de 2.500 francs touchée par le créancier correspond à 100 dollars (5).

20. — Critique.

Les créanciers en monnaie française feront observer que l'égalité est respectée puisque tous les créanciers touchent une même fraction de leurs créances chiffrées en francs. Il est facile de montrer que l'égalité dont ils se prévalent n'est qu'une égalité apparente et qu'en fait, au nom de l'égalité, une inégalité flagrante est consacrée. En effet, alors que dans l'exemple précité, chaque créancier touche, en défini-

1923, G. P. 1924.I.233; Com. Narbonne, 14 fév. 1927, CLUNET, 1927.1086; Paris, 1er mai 1930, S. 1930.2.131, note H. ROUSSEAU; Douai, 7 déc. 1933, G. P. 1934.I.381; Paris, 10 juin 1941, G. P. 41.2.359. Contra : Roubaix, 12 octobre 1921, infirmé par Douai, 7 déc. 1933; Casablanca, 29 avril 1926, Clunet 1927.45; Paris, 24 avril 1926, cassé par Civ. 17 nov. 1930, qui avait admis l'évaluation au jour du règlement.

(4) La doctrine adopte la solution de la Jurisprudence : LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, Tome 7, n° 529 *bis*; PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, page 707, note 3; LACOUR, note au D. 26.2.10; CHÉRON, note au D. 32.I.48; ROUSSEAU, note au S. 1930.II.131; HAMEL, tome 2, page 114.

(5) La difficulté n'existerait pas, semble-t-il, au cas où le créancier bénéficierait d'une option de change en vertu de laquelle il pourrait choisir la monnaie qui servirait à calculer le montant de sa créance. Ainsi, un créancier a stipulé que sa créance sera remboursée à Paris à raison de 500 francs ou à Buenos-Ayres, à raison de 100 pesos, le pesos valant 5 francs. Survient la faillite du débiteur, terminée par un concordat aux termes duquel il s'engage à verser à ses créanciers 50 % de leurs créances. Le créancier produit pour 500 francs. Au moment du règlement, le peso vaut 10 francs au lieu de 5; le créancier peut exiger que 50 pesos lui soient comptés à Buenos-Ayres. Le concordat laisse intacte l'option de change. Besançon, 20 mars 1929, Clunet 1929.1309.

tive, la moitié de sa créance, le créancier en monnaie étrangère en touche, soit le tiers (premier cas) (1), soit la totalité (deuxième cas). Il n'y a d'égalité entre les créanciers que lorsqu'il y a égalité du sacrifice souffert par chacun d'eux. Seule la conversion de la dette libellée en monnaie étrangère au jour du règlement est susceptible d'assurer cette égalité de sacrifice.

Au surplus, la conversion définitive de la dette de monnaie étrangère au jour du jugement déclaratif, en faisant perdre au créancier en monnaie étrangère le bénéfice de la clause qu'il avait prévue, entrave le développement du commerce international dont elle méconnaît les besoins.

La solution de la jurisprudence en matière de faillite constitue enfin une exception au principe du droit commun d'après lequel une dette libellée en monnaie étrangère doit, en définitive — au moins au cas de baisse du franc (2) — être acquittée en calculant le change au jour du paiement si celui-ci est postérieur à l'échéance. Ce principe est appliqué par le législateur et par la jurisprudence. Ainsi, d'après la convention de Rome du 26 mars 1934 sur les transports internationaux de marchandises par voie ferrée, ratifiée par la loi du 13 juillet 1935, le débiteur de monnaie étrangère doit, pour se libérer dans sa propre monnaie, compter les devises étrangères au cours du jour où il effectue le paiement (3). On ne se

20. — (1) Dans ce cas, le créancier aurait certainement le droit de réclamer à son débiteur, non concordataire, la différence entre sa collocation dans la faillite et le montant de sa créance calculé au jour du réglement. Le même droit appartiendrait au créancier au cas de concordat si le traité contenait la clause de paiement de la fraction remise de la dette au cas de retour à meilleure fortune.

(2) Dans l'hypothèse de hausse du franc, la solution du droit commun et la solution adoptée au cas de faillite coincident. Le droit commun prescrit la conversion au jour de l'échéance ; dans le droit de la faillite, le jour du jugement déclaratif est le jour d'échéance des dettes à terme du failli. La rupture de l'égalité qui résulte de cette solution condamne l'extension au droit de la faillite de la solution de droit commun.

(3) On pourrait encore citer l'article 138 du Code de Commerce (rédaction du décret-loi du 30 octobre 1935) pour le cas de retard dans le paiement d'une lettre de change libellée en monnaie étrangère. En revanche, l'art. 5 de la loi du 2 fév. 1948 — qui au trait au réglement des dettes en monnaies étrangères et qui n'a fait que reproduire les dispositions de l'article 9 de l'acte dit loi du 8 fév. 1941 — prévoit que le débiteur de devises étrangères doit la contrevaleur en francs de sa dette calculée sur la base du dernier cours de vente fixé à la date de l'échéance par le fonds de stabilisation des changes. Il ne prévoit pas l'hypothèse d'un retard dans le paiement.

laissera d'ailleurs pas dérouter par les affirmations de certains arrêts rendus en dehors de la matière de la faillite et d'après lesquels le quantum de monnaie française à verser au créancier de monnaie étrangère est déterminé par le cours du change au jour de l'échéance (4). La jurisprudence au cas de baisse du franc condamne alors le débiteur à payer à titre de dommages-intérêts la différence entre l'équivalent en francs de la somme de monnaie étrangère évaluée au jour de l'échéance, et l'équivalent de la même somme au jour du paiement (5) (6).

21. — Essai de justification.

Au demeurant, face à ces critiques, la jurisprudence s'est efforcée de justifier sa position. A cette fin, il lui appartenait de faire une double démonstration : elle devait justifier la conversion de la dette au jour du jugement déclaratif et, ensuite, l'irrévocabilité de la conversion.

En faveur de la conversion au jour du jugement déclaratif, la jurisprudence a fait valoir que le jugement déclaratif saisissait dans son ensemble le patrimoine du débiteur et qu'au jour où il intervenait, la situation passive du débiteur se trouvait cristallisée. C'est ainsi que, d'après les articles 444 et 445 du Code de Commerce, le jugement déclaratif rend exigible les dettes du failli et arrête le cours des intérêts.

Quant à l'interdiction de toute modification de la conversion, elle est, d'après la jurisprudence, commandée par le principe de l'irrévocabilité de l'admission de la production. La production a les effets d'une demande en justice, et l'admission qui la suit fixe irrévocablement la situation des créanciers du failli en rendant irrecevable toute demande qui

(4) Béquignon, *La Dette de monnaie étrangère*, Thèse, Caen, 1925, pages 118 à 130, et la jurisprudence citée ; Hamel, *Cours de Doctorat*, 1940-1941, pages 337 et s. ; Req. 17 fév. 1937, D. H. 37.234.

(5) Béquignon, précité, page 145 ; Hamel, précité, page 337 ; Civ. 5 déc 1927, D. 28.I.84.

(6) En faveur de la conversion au jour du règlement, on peut faire valoir un argument d'analogie tiré de la matière du partage des successions. Une jurisprudence bien établie, dans le souci d'assurer l'égalité de traitement entre les co-partageants, décide que les biens successoraux doivent être estimés à l'époque du partage et non à l'époque du décès (Ripert et Boulanger, tome 3, n° 3069) ; Civ. 18 mars 1946, D. 46.I.268.

aurait pour objet la modification du chiffre d'une créance (1). La jurisprudence a fait état, en outre, de la nécessité d'établir de façon définitive le montant du passif du failli de manière à pouvoir calculer la majorité en sommes, lors du vote des propositions concordataires du débiteur. Toute correction du produit de la conversion aurait pour résultat de modifier le montant de la majorité en sommes, à laquelle il vient d'être fait allusion et risquerait de fausser le résultat du vote : le créancier envisagé aurait pris part au vote pour une somme supérieure ou inférieure à celle de sa créance au jour du règlement.

22. — Réfutation.

Les arguments présentés par la jurisprudence ne sont pas sans réplique.

La règle d'après laquelle la situation passive du failli est fixée au jour du jugement déclaratif, n'est pas absolue. Ainsi, le montant de la créance du banquier, créditeur en compte courant, qui contrepasse les effets impayés venus à échéance postérieurement à la déclaration de faillite, est établi postérieurement à la déclaration de faillite. On aura ultérieurement l'occasion de faire une constatation identique à l'occasion de l'évaluation des dettes de dommages-intérêts contractuels du failli lorsque le jugement, qui alloue ceux-ci, est postérieur au jugement déclaratif de faillite (1). On pourrait également faire état de la jurisprudence qui autorise le syndic à répartir le surplus de l'actif sur le passif en paiement des intérêts courus depuis le jour du jugement déclaratif (2).

Quant à l'argument tiré de la nécessité d'établir le montant du passif afin que puisse être calculée la majorité en sommes prévue par l'article 507, il n'est pas péremptoire. Il est en défaut au cas d'admission provisionnelle. Quand des créances sont contestées et qu'il est passé outre à l'assemblée concordataire, l'article 444 laisse au Tribunal le soin de décider par provision que le créancier sera admis dans les délibérations

21. — (1) AMIAUD, *La Nature juridique de la procédure de vérification des créances*, R. F. 1937.10. Rapp. Cass. 6 mars 1905, D. 08.I.511 ; Cass Req. 9 déc. 1930, S. 31.I.63 ; Req. 15 fév. 1932, J. F. 32.70.

22. — (1) Cf. pages 71 et s.

(2) Cf. page 28.

pour la somme qu'il déterminera. Il se peut que le montant définitif de la créance soit plus élevé ou même inférieur.

L'argument tiré de l'irrévocabilité de l'admission est seul sérieux. Cependant son rejet s'impose au cas de concordat ; il nous paraît faible au cas d'union.

Sans doute au cas d'*union*, le principe de l'irrévocabilité de l'admission semble-t-il s'opposer irrémédiablement à toute modification du produit de la conversion de la créance. Dans toute procédure il arrive un moment où le demandeur ne peut plus modifier sa demande ; dans la procédure de faillite ce moment est l'admission, il précède de peu la réunion de l'assemblée concordataire dont l'échec va transformer la procédure de la faillite de mesure conservatoire en mesure d'exécution.

A la vérité, si le principe de l'irrévocabilité de l'admission est ici en cause, on est fondé à se demander pourquoi la conversion est opérée au jour du jugement déclaratif et non pas au jour de l'admission (3). Mais il y a plus. Le principe de l'irrévocabilité n'est pas intangible. La jurisprudence qui jusqu'à présent l'appliquait rigoureusement semble s'orienter vers son assouplissement depuis un arrêt de la chambre civile du 31 juillet 1947 (4), non rendu il est vrai à propos de la question présentement débattue. Entrée dans cette voie, on peut espérer que la Cour de Cassation ne s'opposera pas, le jour venu, à ce que le montant de la conversion de la créance libellée en monnaie étrangère puisse recevoir les corrections rendues nécessaires par la modification du cours des changes au jour du règlement.

En tout cas, sans aucune hésitation, l'argument tiré du principe de l'irrévocabilité de l'admission doit être rejeté au cas de *concordat*. Par le rétablissement du failli à la tête de ses affaires, le concordat réalise en effet la levée de la procédure de saisie. Les effets de la conversion en francs de la

(3) Rapp. THALLER, *Les faillites en droit comparé*, Tome 1, page 357.

(4) G. P. 1er nov. 1947, D. 48.J.41, note PERCEROU ; rev. Banque 1948, page 171, note X. MARIN

Par cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que le principe de l'irrévocabilité de l'admission ne s'opposait pas à ce que soit contesté le caractère privilégié d'une créance admise; elle avait donné la solution contraire par plusieurs arrêts antérieurs ; cass. 6 juin 1904, D. 04.I.471 ; 9 fév. 1931 S. 31.I.190 ; 22 fév. 1939, S. 1939.I.135.

créance de monnaie étrangère opérée en raison des besoins des opérations de la faillite, doivent cesser avec l'arrêt de la procédure de faillite. Le concordat remet le failli à la tête de ses affaires; il doit redonner au créancier en monnaie étrangère la qualité qu'il avait avant la déclaration de faillite. Peut-on envisager sérieusement qu'un débiteur de 100 dollars qui s'est engagé à payer à ses créanciers sans distinction 50 % de leurs créances, et qui se trouve tenu, par ailleurs, de régler en Amérique son créancier américain, soit déclaré quitte envers lui après lui avoir versé 33 dollars pour le motif qu'au jour du règlement le franc a baissé ? Peut-on admettre qu'au cas où le concordat lui aurait simplement accordé des délais, le débiteur qui se serait engagé à payer intégralement ses créanciers, puisse pour le même motif régler le créancier en monnaie américaine en lui versant 66 dollars au lieu de 100 ?

23. — Moyens susceptibles d'assurer l'égalité.

Que si cependant, la jurisprudence s'obstinait à maintenir ses solutions actuelles, à tort se croirait-on impuissant à empêcher en l'occurrence l'existence d'inégalités entre les créanciers. Pour assurer l'égalité, divers moyens peuvent être utilisés.

Le premier procède de l'observation que l'origine de l'inégalité vient, en définitive, de la participation du créancier à la procédure de faillite. Dans ces conditions, que le créancier qui redoute de souffrir une inégalité de traitement s'abstienne de produire. S'il perd, en particulier, le droit de voter à l'assemblée concordataire, il n'en demeure pas moins créancier. Au cas d'union, il lui suffira, conformément à l'article 503 du Code de Commerce, de faire opposition à ce que la distribution des deniers soit effectuée en dehors de lui. Au cas de concordat, il réclamera au débiteur — eu égard à sa créance libellée en monnaie étrangère, — le pourcentage qu'il s'est engagé à payer. Créancier de 100 dollars, si le débiteur s'est engagé à payer 50 % de ses dettes, il réclamera l'équivalent en francs français de 50 dollars. Dans les deux cas, la conversion se fera au jour du règlement. Aucun obstacle ne s'y oppose. La nécessité de convertir la créance au jour du jugement déclaratif n'existe pas puisque le créancier ne produit pas. Pour

la même raison, la règle de l'irrévocabilité de la production est hors de cause ; la règle d'après laquelle la situation passive du débiteur se trouve irrémédiablement fixée au jour du jugement déclaratif ne souffre aucune atteinte. Le chiffre de la créance libellée en monnaie étrangère est resté inchangé.

La solution proposée : l'abstention du créancier de toute participation aux opérations de la faillite, paraîtra, peut-être, brutale ; la pratique de l'admission sous réserves en suggère une autre qui évite l'inconvénient de la précédente.

Tout créancier produisant peut, au moment de la production, faire des réserves qui, à la condition qu'elles soient acceptées, lui permettent de discuter ultérieurement les éléments de sa créance (1). Les réserves peuvent également émaner du syndic. Le caractère d'acte juridictionnel que l'on tend à attribuer à l'admission ne fait pas obstacle à cette pratique ; pour la justifier on pense immédiatement à la pratique des jugements rendus « quant à présent et en l'état », grâce à laquelle le plaideur élude l'application du principe de l'autorité de la chose jugée et celle de la règle du dessaisissement du juge (2).

En l'occurrence, on peut concevoir que des réserves soient faites quant à la quotité de la créance libellée en monnaie étrangère : elles émaneront, soit du créancier, soit du syndic, suivant que, d'après les tendances du change, le franc apparaîtra à la baisse ou à la hausse.

On a suggéré enfin un dernier moyen d'assurer l'égalité, à titre effectif, entre les créanciers (3) ; il n'est applicable qu'en cas de concordat. Il consiste dans l'insertion dans le concordat d'une clause prévoyant que les créanciers en monnaie étrangère recevront le montant des dividendes en francs calculés au jour du paiement. La clause vaut renonciation des créanciers à se prévaloir, d'une part, de la règle d'après laquelle la situation passive du débiteur se trouve fixée au jour du jugement déclaratif et, d'autre part, de la règle de l'irrévocabilité de la production, toutes deux, règles d'intérêt privé. Une difficulté sub-

23. — (1) RIPPE, *Nature juridique de l'admission des créances*, Thèse Bordeaux, 1935, page 43.

(2) RIPPE, précité, page 117.

(3) Sur la question voir *infra* page 220 ; LOUISE, *De l'inégalité de traitement entre les créanciers dans les concordats*, Thèse, Paris, 1935 ; TRASBOT, J. F. 1925, page 145 ; BENOIST, J. F. 1927, page 156 ; ROUSSEAU note au S. 1930.2.131 ; GABOLDE, R.G.D.C. 1940, page 118.

siste, cependant. On peut se demander si la majorité des créanciers peut imposer ces renonciations à la minorité. Il faut, néanmoins, se prononcer pour l'affirmative, parce qu'en définitive le but poursuivi est l'égalité entre les créanciers et que la minorité ne peut légitimement se plaindre, le cas échéant, de mesures qui tendent à faire prévaloir l'égalité effective entre les créanciers.

Section II

EFFET DES VARIATIONS DES PRIX SUR L'ÉVALUATION DES DETTES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS CONTRACTUELS DU FAILLI

24. — Identité du problème posé avec celui examiné à la section précédente.

L'examen de la question de la date d'évaluation des dettes libellées en monnaie étrangère, au cas de variation du cours des changes, conduit à examiner la question de savoir à quelle date il faut évaluer le montant des dommages-intérêts contractuels encourus par le failli à la suite de l'inexécution d'un contrat (1), lorsque le jugement qui alloue ceux-ci intervient après le jugement déclaratif et que les prix ont varié entre la date de ces jugements. Le problème est le même que l'inexécution soit antérieure au jugement déclaratif ou résulte de la faillite.

Soit un commerçant dépositaire qui a laissé se détériorer les objets confiés à sa garde. Survient sa faillite. Evaluera-t-on les dommages-intérêts dus au déposant au jour du jugement déclaratif ou les évaluera-t-on à une date postérieure (date de la mise en demeure du syndic, date du jugement qui alloue les dommages-intérêts) ?

24. — (1) La question de la date d'évaluation des dommages-intérêts délictuels est hors de question ici. En vertu d'une jurisprudence constante, en effet, les créanciers délictuels du failli sont hors la masse si le jugement qui leur alloue des dommages-intérêts est intervenu postérieurement au jugement déclaratif de faillite. Cf. *infra*, page 141.

Si l'on veut que l'égalité la plus rigoureuse existe entre les créanciers, il faudrait les évaluer au jour du jugement qui les alloue. Si l'on choisit une autre date, celle du jugement déclaratif par exemple, on risque de consacrer une inégalité. On supposera que le dommage au jour du jugement déclaratif soit évalué à 10.000 francs et que chaque créancier touche en définitive la moitié de sa créance. Si au jour du règlement du créancier de dommages-intérêts, les prix ont monté et que le dommage soit, à cette date, chiffré par 20.000 francs, la somme de 5.000 francs touchée par le créancier correspond au quart seulement de sa créance. Si, au contraire, les prix ont baissé et que le dommage subi par les créanciers ne soit plus évalué qu'à 5.000 francs, celui-ci, en recevant 5.000 francs, touche l'intégralité de sa créance.

Le doute, quant à la solution à adopter, provient de ce que, d'une part, des arrêts de cour d'appel (2), approuvés par d'éminents auteurs (3), ont jugé — en dehors du domaine de la faillite — qu'en matière contractuelle, le préjudice résultant de l'inexécution d'un contrat devait être évalué au jour du jugement de condamnation (or, dans l'hypothèse que nous envisageons, celui-ci est postérieur au jugement déclaratif), et que, d'autre part, le principe dégagé par la jurisprudence en matière de faillite à l'occasion de la date d'évaluation des dettes en monnaie étrangère commanderait l'évaluation des dommages-intérêts au jour du jugement déclaratif (4).

Si l'on adopte cette seconde solution, on assistera, comme dans l'hypothèse des dettes libellées en monnaie étrangère, à un divorce entre la solution du droit commun et la solution

(2) Paris, 5 juin 1944, G. P. 1944.2.117 ; 26 fév. 1946, G. P. 46.I.201 ; rappr. Trib. civ. Seine, 28 janv. 1944, G. P. 14 avr. 1944 ; Paris, 31 janv. 1946, D. 46.J.249 ; Lyon, 30 juillet 1946, G. P. 23 oct. 1946. La Cour de cassation n'a pas encore été appelée à se prononcer directement.

(3) R. et L. Mazeaud, *Traité de la Responsabilité Civile*, 3e éd., nos 2.420 à 2.423, *Revue Trimestrielle* 1944, page 36 ; 1945, 271 ; L. Mazeaud, *L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance*, J. C. P. 1942.I.275 ; Lalou, *La Responsabilité Civile*, éd. 1943, no 181 ; Charlier, *Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative*, J. C. P. 1947.I.650, no 39 ; contra : Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, 1939, Tome 2, no 603.

(4) Sic. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Tome 8, page 218 ; Marseille 25 mai 1898, J. F. 99.140 ; cass. crim. 4 mai 1945 (motifs), *Journal du droit des faillites*, Répertoire 1936-1946, p. 170.

du droit de la faillite et à une rupture de l'égalité entre les créanciers.

On signalera que des décisions anciennes, il est vrai, se sont prononcées pour l'évaluation du préjudice à la date de la mise en demeure du syndic (5), sommé d'exécuter le contrat passé par le failli pour le compte de la masse. Il est curieux de signaler qu'elles ont reçu l'approbation d'auteurs qui se prononçaient pour l'évaluation des dettes du failli libellées en monnaie étrangère au jour du jugement déclaratif (6).

On avait donc raison d'écrire précédemment que le principe de la cristallisation de la situation passive du failli au jour du jugement déclaratif n'était pas absolu (7).

(5) Aix, 6 janvier 1897, J. F. 97.113; Comm. Havre, 20 juin 1899 J. F. 00.318; Marseille, 5 juil. 1904, J. F. 05.191.

(6) PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, n° 909; LACOUR et BOUTERON Tome 2, n° 2.020. L'hypothèse envisagée par ces auteurs est celle d'une vente à terme conclue par le failli acheteur.

Au cas de vente au comptant, et, par conséquent, de non-prise de livraison par l'acheteur avant sa mise en faillite, MM. PERCEROU et DESSERTEAUX prennent pour base de la fixation des dommages-intérêts le cours des marchandises au jour de la revente effective. (Tome 2, page 269, note 2).

(7) Cf. page 67.

TITRE TROISIEME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE QUANT AUX PERSONNES QUI Y SONT SOUMISES

25. — Personnes qui sont en dehors du champ d'application du principe de l'égalité.

C'est par l'élimination successive des personnes auxquelles la règle de l'égalité ne s'applique pas que l'on déterminera les personnes qui y sont soumises.

a) *Propriétaires.* — A raison de la nature de leur droit qui leur confère une appropriation privative de la chose sur laquelle il porte, les titulaires de droits réels ne sont pas soumis à la loi de l'égalité. Peu importe que le contrat qui relie le titulaire de droit réel et le commerçant soit un contrat de crédit, prêt à usage ou dépôt, par exemple. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 25 octobre 1940 illustre cette règle (1). Un dépositaire avait remis en nantissement des titres qui lui avaient été confiés en dépôt. Survint la faillite du dépositaire ; le créancier gagiste réalisa, à concurrence de sa créance, un certaine nombre de ces titres et restitua au syndic les autres titres. Ceux des déposants qui avaient eu la chance que leurs titres ne fussent pas vendus, en réclamèrent la restitution au syndic, qui la refusa. Il prétendit que celle-ci romprait l'égalité entre les créanciers. La Cour de Paris rejeta sa défense pour le motif « qu'il n'y avait pas lieu de faire

25. — (1) Paris, 25 oct. 1940, D. H. 40.179 ; rapp. L. Mazeaud, *Des droits des souscripteurs de valeurs mobilières au cas de faillite de l'intermédiaire*, J. S. 1932.384 et notamment page 393.

intervenir en l'espèce le principe de l'égalité, les déposants n'agissant pas comme créanciers, mais comme propriétaires » (2).

b) *Créanciers d'obligations de faire ou de ne pas faire.* — Le principe de l'égalité laisse hors de sa sphère d'application les obligations de faire ou de ne pas faire. Leur régime s'établit de la manière suivante :

Si l'*obligation de faire* est « *à reflet patrimonial* » (3), c'est-à-dire, si le fait promis implique l'utilisation d'un élément du patrimoine du débiteur, son exécution peut valablement intervenir en dépit de la faillite du débiteur, mais seulement après l'homologation du concordat. Soit, par exemple, une promesse de vente consentie par le débiteur avant sa mise en faillite (4). Après l'homologation du concordat, le créancier peut lever l'option et le débiteur peut valablement passer l'acte de vente ; en effet, le débiteur a recouvré la libre disposition de ses biens. Il y a plus ; au cas où le débiteur refuserait d'exécuter sa promesse, le tribunal pourrait passer outre à sa résistance, en décidant que son jugement tiendrait lieu d'acte de vente. En revanche, la règle du dessaisissement s'oppose à ce que l'exécution de la promesse ait lieu pendant le déroulement de la procédure de faillite. Quant à l'union, elle rend l'obligation caduque (5).

Si l'*obligation de faire* contractée par le failli avant sa mise en faillite est « *sans adhérence patrimoniale* », c'est-à-dire si elle a pour objet un fait purement personnel du débiteur, un fait qui dépend de sa seule activité, le débiteur peut et doit

(2) Pas plus qu'entre propriétaires et créanciers, la règle de l'égalité ne s'applique entre propriétaires, au cas, par exemple, d'objets déposés afin de répartir entre tous les propriétaires déposants, la perte résultant de l'aliénation de ces objets. Des arrêts de jurisprudence ont méconnu ce principe. (Cf. *infra*, p. 99, note 4). Le législateur dans une hypothèse détermine a priori la répartition de la perte entre tous les déposants (cf. *infra*, page 104, note 1).

(3) L'expression et sa définition se trouvent dans l'article de M. Boulanger, *Conflits entre droits non soumis à publicité*. Rev. Trimes., 1935, pages 554 et 566.

(4) On raisonnerait de même dans l'hypothèse d'un droit de préemption conféré à propos de l'un de ses biens par le commerçant à un acheteur éventuel.

(5) Cependant le bail consenti par le commerçant sur un de ses immeubles est maintenu (art. 1743 du Code Civ. et 684 du Code de Procédure Civile).

valablement l'exécuter, même pendant le déroulement des opérations de la faillite. Ainsi, lorsqu'un entrepreneur est, en même temps, architecte et s'est engagé à faire des plans de construction dont on ne lui a pas donné l'entreprise, le contrat de confection de plan subsiste en dépit de la faillite et l'entrepreneur peut valablement l'exécuter. Mais, contrairement à l'hypothèse précédente d'obligation de faire à reflet patrimonial, il n'est pas possible de passer outre à la résistance du débiteur, s'il refusait d'exécuter son obligation. « Nemo praecisse potest ad factum ».

Au cas d'*obligation de ne pas faire* — une obligation de non-concurrence, par exemple — le débiteur peut et doit l'exécuter, même pendant les opérations de la faillite comme les obligations de faire sans adhérence patrimoniale. Si le débiteur accomplit le fait qu'il s'était engagé à ne pas accomplir, le créancier pourra obtenir le rétablissement de la situation antérieure et obtenir l'exécution forcée de l'obligation, au moins pour l'avenir.

Dans toutes ces hypothèses, l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire est en dehors de la sphère d'application de la règle de l'égalité, la raison en est que cette exécution, supposant un fait du débiteur ou une abstention, n'est pas à la charge de l'actif (6). Or, le principe de l'égalité laisse hors de cause, on le verra, les avantages dont bénéficierait un créancier, qui ne seraient pas à la charge de l'actif. C'est, par ailleurs, un principe que la faillite, hors les hypothèses prévues par la loi, n'entraîne pas la résolution automatique des contrats (7).

c) *Créanciers postérieurs au jugement déclaratif.* — La règle de l'égalité ne régit pas les créanciers dont le titre est né

(6) Il en est ainsi même de l'exécution des obligations de faire à reflet patrimonial. Au cas de promesse de vente, par exemple, l'objet de l'obligation du promettant n'est pas le transfert de la propriété du bien, mais le fait de participer à la passation du contrat de vente (Cf. PILON, Rapport précédant Req. 26 nov. 1935, D. 36.I.37, et, notamment, page 38, col. 2).

(7) Les créanciers d'obligation de ne pas faire et les créanciers d'obligation de faire sans adhérence patrimoniale conservent au cas d'inexécution leur position avantageuse au moins dans l'hypothèse de concordat car, née après la déclaration de faillite, tout au moins on le suppose, leur créance de dommages-intérêts n'est pas soumise au concordat.

postérieurement au jugement déclaratif (8). Ce principe est la conséquence du dessaisissement : les créanciers postérieurs ne seront donc pas admis à concourir avec les autres créanciers au cas d'union, et cette solution leur est désavantageuse ; en revanche, le concordat ne leur est pas opposable et cette solu- les place dans une situation profitable (9).

d) *Créanciers de la masse.* — La règle de l'égalité, enfin, est sans application aux « créanciers de la masse », en ce sens qu'ils ne peuvent être contraints de coucourir avec les « créanciers dans la masse » (10). La masse est, en effet, susceptible de s'obliger : ses créanciers n'ont pas le même débiteur que les créanciers dans la masse. Il en résulte pour les créanciers de la masse un traitement particulièrement avantageux. En effet, ceux-ci sont payés par préférence à tous les créanciers du failli au cas d'union ; et le concordat ne leur est pas opposable.

26. — Personnes à qui s'applique le principe de l'égalité.

En définitive, le principe de l'égalité s'applique à tous les créanciers du failli à raison d'obligations de sommes d'argent et dont le titre est antérieur au jugement déclaratif, et à eux seuls. Et encore doit-on s'empresser d'ajouter que la règle de l'égalité connaît en l'occurence une limite et qu'elle souffre par ailleurs, deux exceptions.

La règle de l'égalité ne s'applique aux créanciers que dans la mesure où l'inégalité dont souffrirait un seul d'entre eux serait à la charge de l'actif. Pour cette raison, la règle de l'égalité ne s'applique pas aux créanciers dans leurs rapports avec les tiers ; les tiers sont libres d'avantager tel créancier de leur choix, mais c'est à la condition que les avantages qu'ils accordent à celui-ci ne se répercutent pas sur l'actif. On aura l'occasion d'y insister ultérieurement (1).

(8) Dans un cas, les créanciers postérieurs au jugement déclaratif concourent avec les créanciers antérieurs ; il s'agit des créanciers envers qui le débiteur s'est engagé après l'homologation du concordat dans l'hypothèse où le concordat vient à être résolu. Cette solution s'explique par des raisons de crédit.

(9) Cass. 30 avril 1889, G. P. 1889.I.795.

(10) Civ. Cass. 31 janv. 1933, S. 33.I.125.

26. — (1) Cf. *infra*, page 177.

Les deux exceptions à la règle de l'égalité sont les suivantes:

Dans la mesure d'abord où le législateur a laissé subsister les « *causes légitimes de préférence* » du droit civil, les créanciers qui en bénéficient ont une situation préférentielle à l'égard des autres créanciers.

Par ailleurs, à titre de peine civile, certains créanciers peuvent être pratiquement privés du droit de se prévaloir de la règle de l'égalité (2). La jurisprudence, dans de rares occasions, il est vrai, offre l'exemple de sanction de cet ordre prise à l'égard de banquiers, notamment. Un banquier, par exemple, accorde des crédits exagérés à un commerçant et lui permet ainsi de tromper les tiers. Ou bien, à l'inverse, un banquier prend des mesures draconiennes, constitutives d'abus de droit, contre un client à qui il avait, jusqu'alors, fait crédit et contraint indirectement celui-ci à déposer son bilan. Sur le fondement de l'article 1382, les tribunaux ont admis que le meilleur mode de réparation à imposer au banquier était de l'exclure de la masse en le condamnant à des dommages-intérêts qui se compenseraient avec sa créance. Ainsi, et dans des circonstances exceptionnelles, le refus de faire crédit ou l'octroi de crédits exagérés justifient l'établissement de traitements inégaux. On mesure ainsi la portée de l'idée que le crédit et la règle de l'égalité sont au service de l'intérêt général.

Placés à côté des diverses catégories de personnes dont on vient d'examiner la situation et qui dans la faillite peuvent en vertu de l'autorisation du législateur méconnaître cette loi ou sont en dehors de son champ d'application, les créanciers soumis à la loi de l'égalité ont par un reflexe naturel cherché à s'en affranchir.

Ils ont été naturellement portés à essayer de s'infiltrer dans le cercle de ces personnes, soit qu'ils aient prétendu bénéficier d'une cause légitime de préférence, soit qu'ils aient prétendu être titulaires d'un droit réel de propriété, ou créanciers de la masse, ou créanciers postérieurs au jugement déclaratif. C'est à examiner leurs prétentions et l'accueil qu'elles ont reçu en jurisprudence que seront consacrés les chapitres suivants.

(2) HAMEL, Tome 2, nos 631 et 1043 et décisions citées.

CHAPITRE PREMIER

LES EFFORTS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES EN VUE DE SE FAIRE RECONNAITRE LE BÉNÉFICE D'UNE CAUSE LÉGITIME DE PRÉFÉRENCE

A défaut de sûretés conventionnelles qu'ils n'avaient pas pris la précaution de se ménager, des créanciers chirographaires du failli ont fréquemment essayé de se soustraire à la loi du marc le franc en invoquant une cause légale de préférence. D'autres, bénéficiant déjà pour une fraction de leur créance d'un privilège ou d'une hypothèque, se sont efforcés de les étendre à la fraction non couverte de leurs créances. Mais la jurisprudence s'est montrée vigilante à protéger les créanciers chirographaires. Elle a rejeté les prétentions des premiers : les arrêts rendus à propos du privilège du conservateur en témoigneront ; elle a ramené les prétentions des seconds à de justes limites : on le montrera à l'occasion de la jurisprudence relative à la détermination, au cas de résolution du concordat, des droits des créanciers concordataires, bénéficiaires de l'hypothèque prévue par l'article 517 du Code de Commerce en garantie du paiement des dividendes concordataires. D'une manière générale, la jurisprudence, suivant en cela le vœu du législateur, s'est attachée à niveler les droits des créanciers, ou, du moins, lorsque l'égalité était rompue au profit de certains d'entre eux, à limiter l'étendue de la rupture ; le crédit général du commerçant s'en est trouvé augmenté.

SECTION I

L'APPLICATION DU PRIVILÈGE DU CONSERVATEUR DANS LA FAILLITE

27. — Prétentions des créanciers chirographaires.

A raison de sa généralité, le privilège du conservateur, prévu par l'article 2102-3° du Code Civil, était le plus apte, semblait-il, à favoriser le succès des prétentions des créanciers. Créanciers d'avances ou de fournitures de marchandises n'ont pas manqué de l'invoquer. D'impérieures raisons de droit s'opposaient à ce qu'elles fussent consacrées.

Les créances nées d'avances et de fournitures en effet ne peuvent ordinairement pas être assorties du privilège du conservateur parce qu'elles ne présentent pas le caractère indispensable de frais faits pour la conservation de la chose et sans lesquels la chose eût infailliblement péri. Le terme de conservation évoque l'idée d'un péril imminent pour la chose et qui n'a pu être conjuré que grâce à l'intervention du créancier. Or, le plus souvent, les avances et les fournitures n'auront eu d'autre résultat que d'avoir permis la continuation de l'exploitation : c'est là le résultat commun à tous les prêts (1) et à toutes les fournitures. Ils sont la manifestation de la confiance que le créancier a fait à son débiteur et du crédit qu'il lui a accordé. A ce titre, prêteurs et fournisseurs sont soumis à la loi du marc-le-franc. L'admission du privilège au profit du fournisseur conduirait, d'ailleurs, à ce résultat que le fournisseur — au cas où il est vendeur d'effets mobiliers — parviendrait à obtenir par un détour les avantages dont la loi le prive par les articles 550 et 576 du Code de Commerce. Dans ces conditions, l'admission du privilège en faveur du seul prêteur mettrait celui-ci sans raison dans une situation plus favorable que celle dont bénéficie le fournisseur (2).

En tout cas, lors même qu'il est valablement invoqué, le

27. — (1) Paris, 21 août 1837, D. Jur. Gén. V° Privilège, n° 193 ; Lyon, 1er avril 1881, D. 82.2.44.
(2) Lyon, 1er avril 1881, précité.

privilège de l'article 2102-3°, « privilège portant sur certains meubles », n'est susceptible que d'un effet limité ; il ne peut s'exercer que vis-à-vis d'une chose déterminée dans son individualité, à savoir la chose conservée ; il ne joue pas relativement à cet ensemble de choses variées que constitue l'actif du débiteur commerçant.

Au mépris cependant des principes qui viennent d'être rappelés, certaines décisions de jurisprudence ont accordé au terme de « conservation » une portée exagérée (3) et élargi abusivement l'assiette du privilège à l'ensemble de l'actif du débiteur (4). Mais ces décisions sont restées exceptionnelles.

28. — Juste sévérité de la Chambre Civile.

Bien plutôt, la jurisprudence la plus récente témoigne du souci de lutter contre l'élasticité naturelle du privilège du conservateur. Cette tendance résulte à l'évidence des arrêts de la Chambre Civile de la Cour de Cassation (1). La Chambre Civile veille, en effet, à ce que le créancier qui prétend bénéficier du privilège ait effectivement rapporté la preuve que « les frais effectués ont conjuré la perte totale ou partielle de la chose » ; elle fait obligation aux juges du fond de préciser les conditions dans lesquelles les frais exposés ont conjuré cette perte (2). Cette exigence mérite d'autant plus d'être signalée qu'auparavant la Chambre Civile reconnaissait aux juges du fond un pouvoir souverain quant à l'appréciation du point de savoir si les frais exposés avaient ou non permis la conservation de la chose (3). La question est désormais une question de droit (4). Par ailleurs, la Chambre Civile a jugé que l'application

(3) Angers, 8 déc. 1848, D. 49.2.17 ; Dijon, 12 mars 1862, D. 62.2.94 ; Rapp. Civ. Cass. 10 mai 1887, S. 87.I.200.

(4) Dijon, 12 mars 1862, D. 62.2.94 ; Paris, 7 mai 1936, cassé par Civ. 30 janv. 1939, S. 41.I.177.

28. — (1) Civ. Cass. 21 déc. 1937, J. F. 38.34 ; Civ. Req. 29 nov. 1937 précité.

(2) Civ. Cass. 21 déc. 1937, J. F. 38.34 ; Civ. Cass. 30 janv. 1939, deux espèces (Lepicard c/ Détraz), J. F. 39.30 ; Syndic X c/ Banque Commerciale), S. 41.I.177.

(3) Civ. 25 avril 1934, S. 34.I.349.

(4) La Chambre des Requêtes semble rester en dehors du sillage tracé par la Chambre Civile. Par arrêt du 12 juin 1939, D. H. 39.454, elle reconnaît aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier si les frais qui ont été effectués ont eu pour résultat de conjurer la perte de la chose. Cette règle l'a amenée à consacrer indirectement la conception

du privilège supposait que le créancier qui prétendait l'invoquer avait « exposé des frais » ; elle a invoqué ce motif pour refuser le privilège à des gérants qui prétendaient, en dehors de tous débours, que leur activité avait contribué au maintien de la valeur du fonds de commerce (5). Faut-il conclure de là que la Chambre Civile entend donner au terme de « frais » le sens strict de déboursés positivement effectués et condamner la jurisprudence d'après laquelle les frais sont en réalité synonymes d'appauvrissement ? Le champ d'application du privilège serait alors considérablement restreint ; il faudrait décider, notamment, qu'avoué, syndic, liquidateur, vétérinaire ne peuvent invoquer le privilège car s'ils ont dépensé leur activité, ils n'ont rien déboursé.

C'est une fermeté égale à celle qu'elle avait montrée à l'égard des conditions d'application du privilège que la Chambre Civile a manifestée relativement à l'assiette du privilège. Ainsi, par arrêt du 30 janvier 1939 (6), elle a cassé un arrêt qui avait fait jouer le privilège sur l'intégralité de l'actif du failli (7).

Cependant, de la vigilance témoignée par la jurisprudence à ce que le privilège du conservateur ne serve pas aux créanciers chirographaires du failli de tremplin pour obtenir

large de la notion de conservation qui avait été admise par l'arrêt d'appel frappé de pourvoi (Paris, 7 nov. 1935, D. 36.2.22, note Blaevoet). La Cour d'Appel avait jugé que la fourniture de courant faite à une Société distributrice pouvait justifier la reconnaissance du privilège au créancier parce que la fourniture du courant avait empêché la déchéance des concessions dont bénéficiait la Compagnie distributrice. Or, il est de règle que l'autorité concédante ne prononce la déchéance d'une concession qu'après mise en demeure préalable. En l'espèce, aucune mise en demeure n'était intervenue. Le concept de conservation ne convient pas à des fournitures effectuées en prévision d'un péril lointain et de probalité douteuse.

(5) Civ. Cass. 30 janv. 1939 (Lepicard c/Detraz), J. F. 39.30.

(6) Civ. 30 janv. 1939, S. 41.I.177 ; Rapp. Lyon, 1er avril 1881, D. 82.2.44.

(7) Par l'arrêt déjà cité du 12 juin 1939, la Chambre des Req. consacre en fait l'application du privilège à l'intégralité de l'actif du failli, car si elle fait état du principe d'après lequel le privilège ne peut porter que sur la valeur d'une chose individualisée et non sur l'actif entier du failli, ce rappel est de sa part purement verbal. Si elle juge, en effet, que le privilège porte uniquement sur la valeur des concessions de la Société faillie, on peut se demander comment l'assiette du privilège peut être ainsi limitée à la valeur des concessions en l'absence de toute spécification dans l'arrêt d'appel d'une somme représentant la valeur des concessions prétenduement conservées.

abusivement le paiement préférentiel de leurs créances, il ne faudrait pas déduire que le privilège du conservateur n'a pas lieu de s'appliquer dans la faillite. Dans les hypothèses, à la vérité assez exceptionnelles, où ses conditions sont remplies, la jurisprudence en fait, à juste titre, application. C'est à bon droit, par exemple, que la Chambre Civile de la Cour de Cassation a jugé par arrêt du 1er mai 1922 (8), que devait bénéficier du privilège du conservateur la créance née à la suite de fournitures de matériaux faites à un entrepreneur de construction alors qu'elles lui avaient permis d'achever les travaux entrepris et de conserver la créance née du contrat passé avec le maître de l'ouvrage et dont l'exigibilité était subordonnée à l'achèvement complet des travaux. De même, on approuvera un jugement du Tribunal de Commerce de Saint-Etienne du 20 janvier 1938 (9), qui a jugé que l'agent d'assurance qui a payé le montant des primes d'assurances contre les accidents pour le compte de l'assuré, ultérieurement victime d'un accident, puis, déclaré en faillite, était fondé à se prévaloir du privilège de conservateur pour obtenir le remboursement de la prime qu'il avait payée. Sans le paiement de la prime en effet, la masse n'aurait pu toucher l'indemnité d'assurance.

Section II

L'EFFET DE LA RÉSOLUTION DU CONCORDAT SUR L'HYPOTHÈQUE DES CRÉANCIERS CONCORDATAIRES

29. — Position du problème.

Les créanciers concordataires ont prétendu qu'au cas de résolution du concordat, l'hypothèque inscrite conformément à l'article 490 C. Com. en garantie du passif originaire — et restreinte, dans les limites du montant des dividendes promis

(8) D. 25.I.173 ; Rapp. Paris, 18 janv. 1936, Gaz. des Tribunaux, 29 avril 1936 ; Paris, 3 fév. 1892, Jurisp. Marseille, 1893.2.3 ; Paris, 29 juin 1883, J. F. 84.220.

(9) R. F. 38.260 ; J. F. 38.74.

par le concordat, en application de l'article 517 — renaissait dans sa plénitude. Ils ont déduit de là qu'ils pouvaient l'opposer aux créanciers nouveaux pour l'intégralité de leurs créances initiales, sous réserve toutefois de la part de ces créances éteinte par le versement des dividendes.

On est en présence, ici, d'une nouvelle manifestation des efforts faits par des créanciers pour se faire reconnaître le bénéfice d'une cause légitime de préférence. On les dénoncera d'autant plus utilement que, pour parvenir à leur but, ceux qui les tentaient usurpaient, ainsi qu'on le verra, la qualité de créanciers.

A première vue, cependant, les prétentions des créanciers concordataires semble fondées, et, par arrêt du 4 novembre 1931 (1), la Cour de Caen les avait consacrées. De droit commun, en effet, la résolution opère rétroactivement : la résolution du concordat doit donc avoir pour conséquence normale de replacer créanciers et débiteur dans la situation où ils se trouvaient au moment de l'acceptation du concordat ; elle implique que le passif reprend son étendue primitive et c'est précisément la solution adoptée par l'article 526 C. Comm. Pourquoi, en l'absence d'un texte contraire, n'admettrait-on pas, corrélativement, que, la disparition du concordat entraînant logiquement la disparition du l'hypothèque qui en garantissait l'exécution (2), l'hypothèque de l'article 490 reprend son étendue primitive. Au surplus, la solution a été expressément admise lors des travaux préparatoires (3) et elle est adoptée par d'éminents auteurs (4).

Cependant, par arrêt du 27 mars 1935 (5), la Chambre Civile de la Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la Cour de Caen précité qui l'avait consacrée. Statuant dans l'hypothèse où la résolution de concordat résultait d'un nouvelle déclaration de faillite du débiteur — mais il faudrait donner la

29. — (1) S. 1932.2.157.

(2) La disparition de l'hypothèque résulterait de la combinaison des articles 1183 et 2180 C. Civ. ; 1183, d'après qui « la condition résolutoire... opère la révocation de l'obligation... » ; 2180, d'après qui « les hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale... »

(3) Répertoire de Légis, doc. Jurisp. Dalloz, 1851, V° faillite, n° 902

(4) PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, n° 1391.

(5) D. 36.I.13, note BESSON ; S. 36.I.9, note LESCOT. Dans le même sens : Paris, 22 juin 1950, S. 51.2.542 ; Trib. Com. Séine, 24 déc. 1872, Jour Trib. Com. 1873.164

même solution au cas de résolution prononcée à titre principal — la Cour de Cassation a jugé, pour la première fois, qu'en dépit de la disparition du concordat, l'hypothèque de l'article 490 ne renaissait pas, et que l'hypothèque de l'article 517 subsistait.

A la vérité, la solution donnée par la Cour de Cassation n'épuise pas le problème de la détermination des droits des créanciers hypothécaires. Se pose encore la question de savoir si les créanciers concordataires admis à exercer l'hypothèque de l'article 517 peuvent produire concurremment avec les nouveaux créanciers pour la différence entre le montant initial de leurs créances et le montant des dividendes concordataires.

On examinera successivement le bien fondé, dans ses deux branches, de la solution de la Cour de Cassation et la question de la production des créaciers concordataires réduits à exercer l'hypothèque de l'article 517.

30. Solution.

a) *Non-résurrection de l'hypothèque de l'article* 490 *C. Com.; maintien de l'hypothèque de l'article* 517 *C. Com.*

L'arrêt de la Cour de Cassation est symptomatique de la tendance de la jurisprudence au nivellement des droits des créanciers. Comme on l'a fait remarquer (1), le vœu du législateur, au cas de nouvelle faillite ou de résolution du concordat poursuivie à titre principal, est que créanciers anciens et créanciers nouveaux concourent ensemble. L'article 526 prévoit, en effet, la participation des créanciers concordataires à la masse ; il a été manifestement rédigé en prévision du cas où le failli ne posséderait pas d'immeubles et de l'hypothèse où les créanciers concordataires n'auraient pas fait inscrire l'hypothèque de l'article 517. Mais il serait illogique de soutenir que le législateur a abandonné la préoccupation qui l'animait lorsque les créanciers concordataires ont fait inscrire l'hypothèque de l'article 517 ; on peut au moins penser qu'il souhaite que les uns et les autres supportent une part de la perte résultant de la défaillance du débiteur. Or, si, à la suite de la résolution du concordat, l'hypothèque des

30. — (1) Besson, note précitée.

anciens créanciers garantissait l'intégralité de leurs créances primitives, l'écrasement des nouveaux créanciers serait inévitable. Le résultat serait d'autant plus choquant que l'inexécution du concordat aurait pour conséquence d'augmenter les droits des anciens créanciers qui bénéficieraient d'une hypothèque en garantie du paiement de l'intégralité de leurs créances, alors que — on voudra bien l'observer — ils n'étaient que créanciers chirographaires, avant la déclaration de faillite du débiteur. Pour les anciens créanciers, l'inexécution du concordat serait, en définitive, plus favorable que son exécution. Au contraire, la limitation de l'étendue de l'hypothèque au seul montant des dividendes promis implique, à défaut d'un sacrifice égal supporté par tous les créanciers, anciens et nouveaux, la participation de tous à un même sacrifice.

En droit, d'ailleurs, la solution de la Cour de Cassation est fondée dans ses deux branches (2).

Il serait plus logique d'examiner d'abord les raisons du maintien de l'hypothèque de l'article 517 avant d'examiner celles qui militent contre la résurrection de l'hypothèque de l'article 490, puisque la question de l'application de l'hypothèque de l'article 490 ne peut se poser qu'au cas où l'hypothèque de l'article 517 disparaît. En fait, la question du maintien de l'hypothèque de l'article 517 ne s'est posée que lorsqu'il a été acquis que l'hypothèque de l'article 490 ne pouvait renaître. Nous suivrons cet ordre de présentation.

Les prétentions des créanciers concordataires d'après lesquelles l'hypothèque de l'article 490 reprenait pleine efficacité, méconnaissaient un principe essentiel du droit hypothécaire : le principe de la réalité des inscriptions hypothécaires. La solution de la Cour de Cassation évite cet écueil et, qui plus est, a le mérite d'être en harmonie avec la solution donnée par le Code en ce qui concerne les cautions (3).

Le caractère réel des inscriptions hypothécaires s'oppose à ce que les créanciers concordataires puissent invoquer l'hypothèque dont ils bénéficient pour un montant supérieur à celui qui est révélé par les registres hypothécaires. C'est même le

(2) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, Tome 7, n° 649.
(3) Sur tous ces points, cf. BESSON, note précitée.

seul argument qu'a fait valoir la Cour de Cassation. La règle de la réalité des inscriptions hypothécaires, aspect de la règle de la spécialité des inscriptions (art. 2148, 9° al. C. Civ.) est une règle de crédit dont on mesure, en l'occurrence, l'utilité ; elle protège les créanciers qui, postérieurement au concordat, ont fait crédit au débiteur sous forme réelle ou sous forme personnelle. Leur attente serait trompée si les créanciers concordataires pouvaient leur opposer l'hypothèque dont ils bénéficient pour l'intégralité de leurs créances initiales, alors que l'inscription hypothécaire ne faisait état que du montant des dividendes concordataires. En dernière analyse, d'ailleurs, la protection accordée aux créanciers profite au débiteur à qui elle facilite l'octroi des crédits indispensables à son relèvement.

Au demeurant, il n'était pas besoin d'aller chercher au dehors de la législation des faillites la solution au problème posé. Le législateur a indiqué quelle elle était au cas où l'exécution du concordat était garantie par des cautions. L'article 520, alinéa 3, porte en effet « La résolution du concordat ne libérera pas les cautions qui y sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle ». Garantes de l'exécution du concordat, en dépit de sa résolution, les cautions ne sont tenues qu'à concurrence des dividendes concordataires. Il suffisait d'étendre cette solution au cas où l'exécution du concordat était garantie par l'hypothèque.

On peut enfin faire valoir que si l'hypothèque de l'article 490 reprenait vie automatiquement au profit des créanciers qui ont fait inscrire l'hypothèque de l'article 517, il faudrait admettre que les créanciers, qui auraient décidé de ne pas faire inscrire cette dernière, se transformeraient également en créanciers hypothécaires pour l'intégralité de leurs créances. Cette solution serait inconciliable avec l'article 526 qui fait figurer dans la masse les créanciers antérieurs au concordat. On admet, en effet, que les créanciers hypothécaires sont hors la masse à concurrence du montant de leur hypothèque. Il faut conclure de là que les créanciers antérieurs au concordat, qui n'auraient pas fait inscrire l'hypothèque de l'article 517, ne bénéficient pas de l'hypothèque de l'article 490. Si celle-ci ne reprend pas vie à leur profit, il n'y a aucune raison d'admettre qu'elle reprend vie au profit des

créanciers qui ont fait inscrire l'hypothèque de l'article 517.

A la vérité, au moins au cas de nouvelle déclaration de faillite, la question de l'étendue de l'hypothèque dont bénéficient les anciens créanciers, n'aurait pas dû se poser. L'erreur provient de l'illusion créée par l'utilisation du terme « résolution » pour indiquer que la nouvelle déclaration de faillite entraîne la caducité du concordat. On eût plus judicieusement fait observer que l'ouverture de la seconde faillite du débiteur, entraînant le dessaisissement de celui-ci, faisait obstacle à l'exécution du concordat (comme il fait obstacle à l'exécution de tous les contrats passés par le failli depuis l'homologation du concordat) sans que la réouverture de la première faillite et la résurrection de l'hypothèque de l'article 490 en résultassent. Deux procédures de concours ne peuvent en effet être simultanément poursuivies contre un même débiteur (4). On retrouvera un point de vue analogue à l'occasion de l'examen des droits des créanciers de la première masse au cas de nouvelle déclaration de faillite du débiteur (5).

En revanche, au cas de résolution du concordat poursuivie à titre principal, force est bien de reconnaître que la solution de la Cour de Cassation est une exception établie en vue de la protection des tiers, à la règle de la rétroactivité de la résolution (6).

Quant au maintien de l'hypothèque de l'article 517 du Code de Commerce, deuxième branche de la solution de la Cour de Cassation, il ne doit pas surprendre en dépit de la disparition du concordat. Il est consacré par l'article 140, alinéa 3 de la loi italienne du 16 mars 1942 sur la faillite. Le maintien de l'hypothèque ne méconnaît en rien le caractère accessoire de l'hypothèque qui implique que l'existence de l'hypothèque est dans la dépendance de l'existence de l'obligation principale. En dépit des apparences en effet la disparition du concordat n'affecte pas l'existence de l'obligation. La créance du créancier concordataire n'a pas sa source dans le concordat, mais dans le contrat, le quasi contrat, le délit, le quasi délit antérieurs à la déclaration de faillite. Le concordat ne fait que prévoir les modalités d'exécution de la créance mais

(4) PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome I, page 267.
(5) Cf. *infra*, page 139.
(6) BESSON, note précitée.

n'emporte pas novation de la créance originaire. La caducité du concordat n'entraîne pas, en conséquence, l'extinction de l'obligation du créancier contre le débiteur, mais seulement la disparition des modalités prévues pour l'exécution de la créance. Aussi, dans la limite du montant des dividendes concordataires, aucun obstacle ne s'oppose-t-il à ce que les créanciers concordataires fassent valoir l'hypothèque dont ils bénéficient et dont le rôle devient précisément utile du fait de l'inexécution du concordat.

31. — *Suite :* b) *Impossibilité pour les créanciers de produire pour la différence entre le montant de leurs créances et le montant des dividendes concordataires.*

Immédiatement alors, se pose la seconde question dont nous avons annoncé l'étude : du fait de l'inexécution du concordat, la créance des créanciers concordataires revit-elle pour l'intégralité, sauf à ce qu'elle ne soit hypothécairement garantie que dans la limite des dividendes concordataires, et les créanciers concordataires peuvent-ils produire pour la différence entre le montant de leurs créances et le montant des dividendes dont le paiement leur est garanti par l'hypothèque? A première vue, on n'entrevoit pas de raisons de refuser aux créanciers concordataires le droit de produire dans cette mesure, si l'on admet, sur le fondement de l'article 526, que l'inexécution du concordat fait, en principe, rentrer les créanciers antérieurs au concordat dans l'intégralité de leurs droits. Aux termes des articles 552 et suivants du Code de Commerce, par ailleurs, les créanciers hypothécaires font partie de la masse pour la fraction de leur créance que la sûreté dont ils bénéficient ne couvre point. A défaut d'arrêt de la Cour de Cassation, on signalera que le Tribunal de Vire, par jugement du 28 avril 1931, rendu dans l'affaire qui a donné lieu aux arrêts de la Cour de Caen et de la Chambre Civile précités, avait admis les créanciers concordataires à produire à la masse pour le surplus de leurs créances sur le montant des dividendes concordataires. C'est également la solution qui paraît résulter de l'article 140, al. 3 et 4 (1) de la

31. — (1) Art. 140, al. 3 : « Les créanciers antérieurs conservent les garanties pour les sommes qui leur sont encore dues d'après le concordat

loi italienne du 16 mars 1942 sur la faillite, peut-être il est vrai, à la faveur d'une rédaction défectueuse du texte.

Cependant, les conséquences auxquelles aboutirait la production des créanciers concordataires si on l'admettait, permettent de douter du bien-fondé de la solution. On arrive, en effet, à ce résultat choquant que les créanciers auraient plus d'intérêt à l'inexécution du concordat qu'à son exécution. En effet, si le débiteur avait exécuté le concordat, les créanciers n'auraient touché que les dividendes promis ; au cas d'inexécution, ils toucheraient, outre les dividendes concordataires, dont le paiement leur est assuré par l'hypothèque, les dividendes afférents au surplus de leur créance sur le montant des dividendes concordataires. Qui plus est, la production des créanciers anciens réduirait d'autant les droits des créanciers nouveaux. Or, on a vu que le vœu du législateur était d'assurer la sauvegarde des droits des créanciers nouveaux et de tendre, par la limitation des droits des créanciers hypothécaires, au nivellement des droits des créanciers. Ce double argument qui a servi à écarter les prétentions des créanciers concordataires qui invoquaient l'hypothèque de l'article 490 doit également avoir pour effet d'écarter leur production.

En droit, d'ailleurs, la production des créanciers concordataires ne peut être admise ; l'article 526 ne la fonde nullement ; mieux, il l'exclut (2).

D'après l'article 526, en effet, les créanciers anciens ne concourent avec les créanciers nouveaux qu'au cas où le le concordat serait resté inexécuté en tout ou en partie. L'article 523 ordonne, par ailleurs, le rejet ou la réduction des créances qui auraient été payées en totalité ou en partie. Or en l'occurrence, le concordat ne reste pas inexécuté ; l'hypothèque assure son exécution aux créanciers concordataires, qui, grâce à la saisie à laquelle ils ne manqueront pas de procéder, recevront le montant des dividendes qui leur avaient été promis par le traité. L'exécution forcée du concordat

résolu ou annulé et ils ne sont pas tenus de restituer ce qu'ils ont déjà reçu. ». Al. 4 : « Ils concourent pour le montant de la créance primitive, déduction faite de la fraction reçue en exécution partielle du concordat ».

(2) Besson, note précitée, Répert. légis. doc. Jurisp. Dalloz, 1851, V° Faillite, n° 903 ; Bedarride, *Traité des faillites*, t. 2, 4e éd. 1866, n° 693.

postérieurement à la résolution de celui-ci ou à l'ouverture d'une nouvelle faillite équivaut à son exécution volontaire effecuée avant l'un et l'autre de ces événements.

On aboutit ainsi à cette conséquence que, pour les créanciers concordataires qui ont donné mandat au syndic d'inscrire l'hypothèque de l'article 517, le passif originaire ne reprend pas son étendue primitive au cas de caducité du concordat, pas plus que l'hypothèque de l'article 490 ne reprend son étendue primitive. Les créances originaires de ces créanciers doivent être considérées comme définitivement et irrémédiablement réduites au montant des dividendes concordataires (3). Loin d'être des créanciers hypothécaires pour la somme constituée par la différence entre le montant de leur créance initiale et le montant des dividendes concordataires, les créanciers concordataires ne sont même pas créanciers de cette somme.

La solution, au cas où l'inexécution du concordat résulte d'une nouvelle déclaration de faillite, est conforme à l'opinion que nous avons précédemment émise d'après laquelle la nouvelle déclaration de faillite n'entraîne pas la résolution « stricto sensu » du concordat. Au cas de résolution du concordat poursuivie à titre principal, la solution est une exception à la règle de la rétroactivité de la résolution.

A la vérité, le caractère définitif de la réduction des créanciers par le concordat ne doit pas être exagéré ; les créances ne sont définitivement réduites, en effet, que si l'hypothèque de l'article 517 assure le paiement intégral des dividendes concordataires. En conséquence, au cas où ils renonceraient à l'hypothèque dont ils bénéficient en prenant part au vote du nouveau concordat qui sera proposé (art. 508

(3) De ce que la créance des créanciers concordataires bénéficiant de l'hypothèque de l'article 517 est définitivement réduite, il résulte qu'au cas où la faillite serait récouverte (résolution poursuivie à titre principal) de même qu'au cas où la nouvelle faillite serait close par l'union, les anciens créanciers concordataires payés de leurs dividentes (si le concordat ne contenait pas la clause de retour à meilleure fortune) ne pourront, ultérieurement, réclamer au débiteur le surplus de leurs créances, alors que les créanciers nouveaux le pourront.

Vainement verrait-on là une inégalité. Si la créance des créanciers concordataires est définitivement réduite, la raison est que les créanciers concordataires ont, par un acte libre de leur volonté, consenti à la réduction de leurs créances.

C. Com.), de même que dans l'hypothèse où ils auraient dispensé le syndic d'inscrire l'hypothèque de l'article 517, les créanciers concordataires pourront figurer dans la masse pour l'intégralité de leurs créances initiales, mais ils y figureront comme créanciers chirographaires. On a vu en effet que l'hypothèque de l'article 490 ne renaissait pas.

Au cas également où le produit des immeubles hypothéqués ne suffirait pas à couvrir les créanciers concordataires du montant des dividendes qui leur sont dus, les créanciers concordataires pourraient produire à la masse, non seulement pour la différence entre le montant des dividendes promis et le montant de leur collocation, mais pour la portion de leurs créances primitives correspondant à la portion du dividende promis qu'ils n'ont pas touchée. Dans la mesure, en effet, où l'hypothèque n'assure pas l'exécution du concordat, ou ne l'assure que partiellement, les créanciers concordataires rentrent dans leurs droits originaires en totalité ou en partie seulement ; l'article 526 le veut ainsi.

CHAPITRE II

LES EFFORTS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES POUR SE FAIRE RECONNAITRE LA QUALITÉ DE PROPRIÉTAIRES

La qualité de propriétaire confère à ceux qui la possèdent une sécurité absolue, au cas de faillite du commerçant avec lequel ils sont en rapport d'affaires. Seraient-ils en même temps créanciers chirographaires, ils échappent à la loi du concours. Non pas cependant, comme on l'a vu, qu'il faille voir là une atteinte ou une exception à la règle de l'égalité ; propriétaires et créanciers ne sont pas en concurrence. La règle de l'égalité ne joue pas à l'égard des premiers, mais seulement à l'égard des seconds. Il n'y aurait pas lieu, dans ces conditions, de s'arrêter ici à examiner la situation des titulaires de droit réel au cas de faillite. Mais la situation de titulaire de droit réel est si riche de profits que d'aucuns se sont prétendus propriétaires alors qu'ils ne l'étaient plus ou ne l'étaient pas encore, ou ont cherché conventionnellement soit à conserver un droit réel de propriété que l'application des principes leur faisait normalement perdre soit à recouvrer rétroactivement un droit réel qu'ils avaient perdu. A l'égard de ces prétentions, la jurisprudence n'a pas adopté une attitude d'une égale fermeté. Alors qu'elle sanctionnait les clauses par lesquelles les vendeurs avaient essayé, soit directement, soit indirectement, de conserver leur droit de propriété, elle accueillait favorablement les actions en revendication intentées par des revendiquants qui n'étaient pas, en réalité, des propriétaires. Mais si la jurisprudence a péché

par excès; la doctrine a péché par défaut. En déniant au propriétaire le droit d'invoquer, en l'absence d'un texte la subrogation réelle au premier degré et de percevoir le prix non encore payé de sa chose aliénée par un tiers, elle prive le propriétaire de la possibilité d'user de toutes les prérogatives de son droit. On s'attachera à rétablir les frontières exactes, au point de vue de la règle de l'égalité, entre droit de créance et droit de propriété.

Section I

LA REVENDICATION DES CHOSES FONGIBLES ET DES TITRES AU PORTEUR ACHETÉS OU DÉPOSÉS AU CAS DE FAILLITE DE L'INTERMÉDIAIRE OU DU DÉPOSITAIRE (*)

32. — Admission de l'action en revendication.

C'est notamment, à propos de la revendication de titres au porteur exercée par des souscripteurs ou des déposants au cas de faillite de banquiers ou d'agents de change, plus largement, à propos de la revendication de choses fongibles que la jurisprudence a admis l'action en revendication dans des hypothèses où l'application des principes conduisait à dénier tout droit de propriété au revendiquant (1).

(*) En plus des notes et articles ultérieurement cités, cf. également, Mater, *La revendication des titres détenus par le banquier failli*, Rev. du Droit bancaire, 1931.103; Clerc, *La Revendication dans la faillite des banques*, Thèse, Rennes, 1935; Mohamed Ali-Iman, *La Responsabilité du banquier en matière de dépôts*, Thèse, Paris, 1939.

32. — (1) Dans le cadre de cette jurisprudence favorable au revendiquant, on pourrait également faire état des arrêts qui admettent le revendiquant à se prévaloir pour atteindre l'objet qu'il réclame, des nullités des articles 446 et 447 du Code de Commerce. Un banquier dépositaire avait donné en paiement à l'un de ses créanciers les titres qui lui avaient été remis; à la suite de l'annulation de la dation en paiement, prononcée à la demande du syndic, par application de l'article 446, le déposant revendiqua les titres qu'il avait déposés et la Cour de Paris fit droit à sa prétention (Paris, 1er avril 1909, S. 10.2.297, note Wahl; D. 11.2.281, note Chéron; rapp. Paris, 23 nov. 1928, D. 30.2.193, note Chéron). Elle en donne pour motif que la nullité absolue d'un acte existe *erga omnes* et peut être invoquée par tout intéressé. Ce principe, exact au regard du droit commun, est inexact en matière de faillite.

Avant de présenter et de discuter cette jurisprudence (2), et pour mieux la mettre en relief, on rappellera les principes traditionnels qui commandent l'admission de l'action en revendication.

33. — Rappel des principes qui gouvernent l'exercice de l'action en revendication.

La revendication étant la sanction du droit de propriété, son succès est subordonné à la preuve de la propriété de l'objet revendiqué. Or, le droit de propriété, à raison de sa nature de droit réel, ne se conçoit qu'à l'occasion d'une chose déterminée, individuellement désignée : la revendication ne peut, en conséquence, être exercée qu'à l'encontre d'une chose déterminée, celle-là même sur laquelle porte le droit de propriété.

Ces solutions ont été consacrées expressément par le législateur des faillites. Ainsi, l'article 574 du Code de Commerce porte : « Pourront être revendiquées, en cas de

On admet en doctrine que les actions des articles 446 et 447 ne sont pas des actions en nullité, mais des actions en inopposabilité. Seuls les créanciers dans la masse peuvent les exercer par l'intermédiaire du syndic ; seuls ils peuvent en profiter (PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 1, n° 652 et 681 ; PERCEROU, note au D. 45.J.329). Cette analyse, il est vrai, n'a pas triomphé en jurisprudence. Par plusieurs arrêts rendus en d'autres matières, la Cour de Cassation (Civ. 11 décembre 1889, D. 90.I.193 ; Req. 19 mars 1945, D. 45.J.329) a jugé que les tiers pouvaient se prévaloir des nullités de la période suspecte quand elle ont été judiciairement prononcées.

(2) La question — outre l'intérêt théorique qu'elle présente — n'a pas perdu aujourd'hui son intérêt pratique depuis la création de la caisse centrale des dépôts et virements de titres par la loi du 18 juin 1941 ainsi que depuis la promulgation des lois des 1er et 14 juin 1941, 2 décembre 1945 et 26 avril 1946 qui, par le contrôle des banques qu'elles ont organisé, ont rendu improbable la faillite de celles-ci. Seules sont soumises au dépôt obligatoire à la C. C. D. V. T. les actions au porteur non amortissables par voie de tirage au sort qui ont été, soit négociées sur un marché, soit émises postérieurement à l'inscription de la société émettrice sur une liste publiée par les soins de la C. C. D. V. T. Il faut y ajouter les actions des Sociétés dont la liste a été publiée par plusieurs arrêtés, et une seule catégorie d'obligations, les obligations 3 1/2 % des Houillères Nationales du Nord et du Pas-de-Calais (JEANTET, *Le Dépôt collectif des titres au porteur*, n° 2, J. S. 1945.161 et BALDY, *La Caisse Centrale des dépôts et virements de titres*, Revue « Banque », novembre 1946, page 17). Les banquiers, agents de change et courtiers en valeurs continuent, par conséquent, à pouvoir être constitués dépositaires de tous autres titres au porteur. Par ailleurs, si la faillite d'une banque peut paraître improbable aujourd'hui, les faillites d'agents de change et de courtiers pourront se produire dans l'avenir comme elles se produisaient dans le passé.

faillite, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés et qui se trouveront *en nature* dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites..: avec le simple mandat d'en faire le recouvrement... ». Et l'article 575 stipule : « Pourront être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existeront *en nature*... les marchandises consignées au failli, à titre de dépôt... ». La loi italienne de 1942 a adopté des solutions identiques (1).

A l'inverse, la revendication devra être rejetée lorsqu'elle sera exercée à l'occasion de choses non individualisées au profit du revendiquant. Faute d'individualisation de celles-ci, le revendiquant n'en est pas propriétaire, c'est un créancier ; il n'a d'autre droit que de produire à la faillite.

Les conséquences de ces principes sont simples à dégager :

I. — D'abord se trouve écartée la revendication au cas de remise de choses fongibles, à charge d'en restituer de semblables, ainsi qu'au cas d'aliénation frauduleuse de corps certains remis à charge de les restituer en nature, parce que les objets remis ont perdu leur individualisation.

a) Lorsqu'une chose quelconque est remise par son propriétaire à un tiers avec faculté pour celui-ci de pouvoir en disposer et à charge d'en restituer une égale quantité, le détenteur en devient immédiatement propriétaire. La faculté reconnue au détenteur de pouvoir disposer de la chose vaut renonciation par le propriétaire à son droit de propriété sur la chose et transfert de celui-ci au détenteur. Tel est le cas dans l'hypothèse du prêt de consommation. L'article 1893 du Code Civil est formel en ce sens : « par l'effet de ce prêt (prêt de consommation) l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée ». En l'absence d'un texte formel, il convient de donner la même solution au cas de dépôt irrégulier : le dépositaire devient propriétaire des choses déposées (billets de banque, marchandises) (2). Cette règle est conforme à la

33. — (1) Art. 72, al. 4 : « En cas de faillite du vendeur, si la chose vendue est déjà passée en la propriété de l'acheteur, le contrat n'est pas résolu... ». Art. 79, al. 3 : « Sont sauves les dispositions de l'article 1706 du Droi Civil ». D'après l'article 1706, al. 1 : « Le mandant peut revendiquer les choses mobilières acquises pour son compte par le mandataire qui a agi en son nom propre ». Cf. LORDI, *Il fallimento*, 1946, page 173.

(2) JEANTET, op. cit. n° 4 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique*, Tome 11, par SAVATIER, n° 1169, Civ. Cass. 5 mars 1941, S. 41, table, v° Faillite, n° 48.

tradition historique : elle a été posée par les banquiers grecs ; Papinien l'a reproduite ; les glossateurs, puis Dumoulin et Pothier l'ont adoptée (3).

En droit, le transfert de la propriété de la chose prêtée ou déposée à l'emprunteur ou au dépositaire empêche le prêteur ou le déposant de revendiquer dans la faillite du dépositaire ou du prêteur les choses prêtées ou déposées elles-mêmes. Prêteur et déposant sont des créanciers : ainsi, on admet, au cas de dépôt de titres à usage (4), que le déposant perd la propriété des titres déposés ; il ne pourrait les revendiquer au cas de faillite du dépositaire même si les titres existaient encore en nature dans les caisses de ce dernier (5). Impossible pour une raison de droit, la revendication pourra également l'être pour des raisons de fait : il suffit d'imaginer un dépôt régulier de choses fongibles par leur nature. Si malgré la défense qui lui est implicitement faite par le propriétaire, le dépositaire confond les choses fongibles qui lui ont été remises avec celles qu'il possède, l'impossibilité d'identifier les objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçus empêchera la revendication.

b) La règle d'après laquelle la revendication est irrecevable lorsqu'elle n'est pas exercée à l'occasion de la chose individualisée elle-même sur laquelle porte le droit de propriété du revendiquant, s'applique également au cas où le détenteur d'un corps certain, obligé d'en effectuer la restitution en nature, l'aurait aliéné. Le propriétaire dépouillé ne pourra exercer son droit de revendication sur d'autres objets identiques à ceux déposés et qui auraient été trouvés dans les magasins du failli. Si à la suite de l'abus de confiance dont il a été victime, l'ensemble du patrimoine du détenteur dépositaire est affecté à l'indemnisation du propriétaire dépouillé, celui-ci ne possède de droit individualisé sur aucun bien composant ce patrimoine, et, en particulier, sur les objets trouvés dans les magasins du détenteur et identiques aux objets aliénés : il n'est que créancier.

(3) HAMEL, Tome 2, nos 731 et s. et page 97, note 1.

(4) Par la convention de dépôt à usage, le client autorise le banquier à disposer des titres déposés, à charge d'en restituer d'identiques. ESCARRA et RAULT, Tome 6, nos 911 et 1011.

(5) Rapp. Trib. com. Lyon, 14 mars 1929. Droit financier 1929.542, et Lyon, 27 nov. 1929, reproduit par ESCARRA et RAULT, Tome 6, page 708.

Ces solutions ont été expressément consacrées par la loi italienne de 1942 (6).

II. — Pas davantage l'acquéreur de choses fongibles ne pourra les revendiquer tant qu'elles n'auront pas été individualisées à son profit. Le consentement ne suffit pas à transférer la propriété des choses fongibles ; le transfert n'aura lieu qu'après leur détermination : « Attendu — a jugé la Cour de Cassation — que si la vente opère le transport de la propriété dès le moment qu'il y a consentement des parties sur la chose et sur le prix, ce principe ne peut trouver son application que si l'objet de la vente a été déterminé » (7). En attendant la détermination, le contrat est simplement générateur d'obligations : l'acheteur n'est titulaire que d'un droit de créance, il est créancier d'une obligation personnelle de livraison. Ces principes ont également été consacrés expressément par le législateur italien (8).

34. — Exposé de la jurisprudence.

On vient de tracer les limites dans lesquelles est possible la revendication : ce sont ces limites qui ont été franchies par une fraction notable de la jurisprudence à l'occasion de la revendication dans la faillite des valeurs mobilières et des choses fongibles.

(6) Art. 79, al. 1 : « Si les choses dont le failli doit la restitution ne se trouvent plus en sa possession le jour de la déclaration de faillite et si le curateur ne peut les reprendre, l'ayant-droit peut faire valoir dans le passif sa créance pour la valeur que la chose avait à la date de la déclaration de faillite ». Cf. LORDI, *Il fallimento*, 1946, page 173.

(7) Req. 24 avril 1929, D. H. 29.283 ; RIPERT et BOULANGER, Tome I, n° 2895.

(8) Art. 72, al. 4, *in fine* : « En cas de faillite du vendeur... si la chose vendue n'est pas passée dans la propriété de l'acheteur, le curateur a le choix entre l'exécution et la dissolution du contrat. En cas de dissolution du contrat, l'acheteur a droit de faire valoir sa créance dans le passif, sans qu'il soit dû réparation du dommage. » On notera que le législateur italien dénie à l'acheteur le droit de réclamer des dommages-intérêts dans la faillite du vendeur. Dès avant 1942, la jurisprudence, en l'absence de texte, se prononçait en ce sens, Cass. 6 août 1934 (RIVISTA, 1935.2.50). Sans y insister, on signalera qu'en France, la jurisprudence adopte la solution contraire. En revanche, elle refusait au vendeur, au nom de l'égalité entre les créanciers tous dommages-intérêts dans la faillite de l'acheteur, mais la loi du 20 mars 1928 (art. 578, 2e al. C. com.) a consacré expressément le droit du vendeur à des dommages-intérêts. En doctrine, l'octroi de dommages-intérêts de résiliation est critiquée en vertu du principe d'égalité. BONNICHON, *Des effets de la faillite sur les contrats antérieurs valablement conclus*, Thèse, Paris, 1900, pages 283 et s.

D'après cette jurisprudence et si on la systématise, il suffirait, s'agissant de valeurs mobilières au porteur (1), qu'un nombre au moins égal de titres de même valeur et nature que ceux souscrits ou déposés et frauduleusement aliénés ou mis en gage, soit retrouvé dans les caisses du failli pour que soit possible la revendication de ces titres exercée individuellement par chaque souscripteur ou déposant. Peu importerait, au cas de souscription, que les titres détenus par le failli n'aient fait l'objet encore d'aucune attribution ; peu importerait au cas de dépôt que le numéro des valeurs confiées au failli ne coïncide pas avec le numéro des valeurs inventoriées par le syndic (2). Dès 1742, des plaideurs avaient sollicité la juridiction consulaire de Paris de consacrer pareil système sans que, malheureusement, on sache quel succès ils obtinrent (3). Depuis lors, d'autres plaideurs plus audacieux encore ont même proposé dans l'hypothèse de souscription, au cas où le nombre des titres détenus par le failli serait inférieur au nombre des titres de même nature et valeur souscrits, que la perte fût répartie proportionnellement entre tous les souscripteurs, par transposition de la règle d'égalité du domaine des droits de créance au domaine des droits de propriété (4).

Cette jurisprudence semble même avoir reçu récemment la

34 — (1) On précisera que la question n'est susceptible de poser des difficultés que dans l'hypothèse où le souscripteur n'était pas un client de la banque et a fait, en conséquence, l'avance du prix d'achat. Au cas où le client avait un compte chez le banquier, la règle habituellement suivie est que le banquier ne débite le compte du client du montant de l'achat qu'après réception des titres et individualisation. Si le banquier avait débité le compte antérieurement, le client pourrait utilement contester le débit (ESCARRA et RAULT, Tome 6, page 771).

(2) Rennes, 17 juillet 1897, 2 espèces. Rec. des arrêts des Cours d'appel d'Angers et de Rennes, 1897 327 ; Dijon, 15 juin 1899, motifs, S. 00.2.103 ; Paris, 18 avril 1905, S. 06.2.18 ; Rennes, 22 déc. 1932, Rec. Rennes 1933.209 ; Paris, 27 mai 1933, G. P. 33.2.537 ; Trib. Com. Tours, 27 déc. 1935, Journ. des Trib. de Com. 1937.362, confirmé par Orléans, 30 nov. 1936, La Loi, 9 avril 1937.

CONTRA : Rouen, 24 nov. 1876, D. 78.2.205 ; 13 juin 1882, J. F. 82.489 ; Com. Lyon, 2 déc. 1882, J. F. 83.167 ; Trib. Com. Seine, 26 mai 1891, Revue Droit Commercial 1892.101 ; Com. Nice, 12 fév. 1909, J. F. 12.189 ; Paris, 4 fév. 1935, D.H. 35.228 ; rapp. Grenoble, 25 juil. 1931, J. S. 1932.417, commenté page 384 et s. par M. L. MAZEAUD.

(3) LEVY-BRUHL, *Etude Historique sur la revendication du vendeur de meubles en matière de faillite*, annales de Droit Commercial, 1938.305.

(4) Douai, 14 janvier 1869, D. 73.2.77 qui a consacré semblable prétention au cas de revendication collective ; l'ont rejetée : Douai, 21 mai 1867, 25 mai 1867, Revue Pratique de Droit Français, 1871.290 et 289 ; Com. Lyon,

consécration de la Chambre des Requêtes par un arrêt du 3 novembre 1936 (5) que l'on examinera plus loin.

Une jurisprudence analogue s'est fait jour au cas de dépôt de choses fongibles. Un arrêt de la Cour d'Angers du 18 avril 1891 (6) a admis celui pour le compte de qui des billets de banque avaient été envoyés à un notaire tombé en faillite à revendiquer quatre de ceux-ci retrouvés fortuitement dans la caisse de ce dernier, au motif qu'ils étaient ceux-là mêmes qui avaient été envoyés au notaire. Un arrêt de la Chambre Civile du 4 février 1907 (7) a admis la revendication exercée par le déposant de marchandises qui avaient été confondues par le dépositaire avec d'autres marchandises semblables et elle a donné pour motif que « les marchandises réclamées existaient au nombre de celles qui ont été trouvées par le syndic dans les magasins du failli ».

Ces diverses solutions jurisprudentielles appellent un examen attentif.

35. — Critique de la jurisprudence.

A coup sûr, de puissantes raisons d'équité militent en faveur de la revendication. L'exclusion de la revendication fait bénéficier la masse de la différence entre la valeur au jour de la déclaration de faillite des objets déposés ou achetés et le dividende touché par le déposant ou l'acheteur. Au cas de souscription de titres, comme on l'a écrit (1) « l'opération... semble s'être faite en dehors du patrimoine du failli qui n'a touché le prix que pour le transmettre, qui n'a reçu les titres que pour les livrer ». Au cas de dépôt, et du point de vue économique, il y a équivalence complète entre les objets déposés, corps certains par la suite abusivement aliénés ou choses fongibles, et les objets semblables qui se trouvent dans le patrimoine du failli. Ces considérations ont déterminé les juridictions anglo-saxonnes à admettre la

11 mars 1882, J. F. 82.489 ; Com. Clermont-Ferrand, 9 nov. 1943, J. C. P. 1944.2.2659, note BASTIAN.

(5) S. 37.I.49.

(6) D. 93.2.49, note BOISTEL.

(7) S. 08.I.457, note BOURCART.

35. — (1) L. MAZEAUD, *Des droits des souscripteurs ou acheteurs de valeurs mobilières au cas de faillite de l'intermédiaire*, J. S. 1932.384.

revendication (2). Néanmoins, pour conforme qu'elle puisse être à l'équité, l'admission, en France, de la revendication dans les hypothèses envisagées est impossible ; elle méconnaît, outre les règles du droit positif, la nature du droit réel, *jus in re*. Si le droit anglo-saxon a pu admettre la revendication, la raison en est que la notion de droit réel n'a pas en Angleterre des contours aussi précis que ceux qu'il possède dans les législations latines. Au surplus, même en France, si une fraction importante de la jurisprudence a cédé aux considérations de l'équité, il ne faut voir là que la manifestation d'une tendance qui n'est pas consacrée par l'ensemble de la jurisprudence (3).

Il est aisé de démontrer par simple confrontation des principes précédemment rappelés et des solutions de la jurisprudence, que dans les hypothèses où l'action en revendication a été admise, les conditions de celle-ci n'étaient pas remplies. Au cas de dépôt (dépôt de choses fongibles — abus de dépôt de titres au porteur), le déposant-propriétaire avait perdu la propriété ; au cas de souscription de titres au porteur, le donneur d'ordre n'était pas encore propriétaire.

1. — *La revendication n'est pas possible parce que le revendiquant propriétaire a perdu la propriété des choses qu'il revendique, à raison de la perte par celles-ci de leur individualisation.*

On étudiera successivement l'hypothèse du dépôt de choses fongibles et d'abus de dépôt de titres au porteur.

a) Au cas de dépôt de choses de genre, l'arrêt de la Cour d'Angers du 18 avril 1891 et l'arrêt de la Chambre Civile du 4 février 1907 déjà cités (4) sont la négation du dépôt irrégulier qui transfère la propriété des choses déposées au dépositaire ; ils constituent l'extension aux rapports des parties avec les tiers d'une conception parfois soutenue quant aux rapports des parties entre elles et d'après laquelle « la notion de dépôt régulier ne serait pas incompatible avec la

(2) CHARLEY DEL MARMOL, *La Faillite en droit anglo-saxon*, 1936, n° 259.

(3) Les principes ont été correctement appliqués par ex. par Civ. 11 juin 1872, D. 73.I.121 ; Rapp. Req. 30 juil. 1939, G. P. 40.I.74 ; Civ. Cass. 5 mars 1941, S. 1941, Tables, v° Faillite n° 48 ; Paris, 16 avril 1947, G. P. 6 sept. 1947.

(4) Angers, 18 avr. 1891, D. 93.2.49 ; Civ. 4 fév. 1907, S. 08.I.457.

fongibilité naturelle de l'objet ». Cette conception part de l'interprétation de l'article 1932 Code Civil ; elle a été développée récemment par M. Voirin, qui écrit (5) : « Les dépôts d'espèces monnayées ne cessent pas d'être un dépôt régulier. Il s'agit pourtant de choses fongibles. La loi suppose que le dépositaire a reçu un certain nombre de pièces d'or et d'argent représentant une somme déterminée calculée en francs au jour du dépôt. Le dépositaire les a confondues avec ses propres deniers et la loi dit ceci : si au cours du dépôt, l'unité monétaire vient à être modifiée, le dépositaire doit néanmoins restituer un même nombre de pièces d'or ou d'argent de même titre et poids qu'il a reçus. Nous ne sommes donc pas en présence d'un dépôt irrégulier qui confère un droit de créance et auquel il faudrait appliquer la disposition de l'article 1895. Le déposant ne perd pas la propriété de sa chose ».

M. Voirin limite expressément l'opinion qu'il présente au cadre des rapports des parties et, encore, sur ce plan limité, a-t-elle été combattue (6). En tout cas, de l'aveu même de son auteur, elle ne pourrait être invoquée dans le cadre des parties et de tiers ; c'est cette limite qu'ont franchie les arrêts de la Cour d'Angers de 1891 et de la Cour de Cassation de 1907.

A l'égard des tiers, que le dépositaire de pièces d'or ou d'argent qu'il a confondues avec ses propres deniers soit tenu de restituer « mêmes espèces » est une chose ; que le déposant en ait conservé la propriété en est une autre et la vérité est bien dans la proposition contraire : le déposant est devenu simple créancier (7), que le dépôt de choses fongibles soit constitué par des marchandises ou qu'il soit constitué par des sommes monnayées, encore bien même celles-ci seraient-elles restées fortuitement identifiables, à plus forte raison si elles ont été confondues avec d'autres.

b) Au cas de dépôt des valeurs mobilières au porteur, le déposant, pour triompher dans sa revendication doit, par application des principes ci-dessus rappelés, établir que les

(5) VOIRIN, D. 45.I.39, en particulier p. 41, col. 1

(6) JEANTET, *op. cit.*, n° 14.

(7) HAMEL, Tome 2, page 97, note 1 ; Civ. 17 juil. 1929, J. F. 29.241 ; Req. 8 fév. 1928, S. 28.I.135 ; Civ. 6 mai 1930, J. F. 30.58 ; Req. 27 mai 1931, J. F. 31.72.

titres qu'il revendique et qui ont été trouvés dans les caisses du failli sont ceux-là mêmes qui ont été déposés par lui ; cette preuve lui sera facile à établir grâce au récépissé de dépôt qui porte les numéros des titres. C'est à tort, en conséquence, que, dans l'hypothèse où les titres déposés auraient été aliénés, la jurisprudence a admis le déposant à revendiquer des titres identiques à ceux qui avaient été déposés : le déposant n'en est pas propriétaire.

La jurisprudence semble avoir été frappée par l'identité entre tous les titres au porteur d'une même série. C'est ainsi que, d'après un arrêt de la Cour de Dijon (8), « l'indication des numéros serait une simple formalité d'immatriculation, utile seulement quand il s'agit de valeurs à lots ou de valeurs remboursables à un taux déterminé ». Cette conception méconnaît la nature du titre au porteur qui, lorsqu'il a été été individualisé par son numéro, au profit d'un souscripteur, est un corps certain (9). Les titres substitués aux titres qui avaient été confiés à la maison de banque, ne peuvent, en conséquence, être considérés comme la représentation de ces derniers (10). L'équivalence envisagée du point de vue économique entre la chose aliénée et celle qui lui est substituée ne peut suffire pour autoriser la revendication.

Pour la justifier, vainement ferait-on appel à la théorie de la subrogation réelle (11), car, aux termes mêmes d'une jurisprudence solidement établie, la subrogation, en dehors des universalités et relativement aux choses envisagées isolément, ne joue qu'en vertu de la permission de la loi ou de la volonté des parties (12). Or, en l'espèce, aucune disposition légale n'a prévu la subrogation et l'on verra (13) que

(8) Dijon, 15 juin 1899, S. 00.II.103, Rapp. Paris, 18 avril 1905, S. 06.2.18.

(9) HOUPIN et BOSVIEUX, 7e éd., n° 404.

(10) La règle portée au texte souffre une atténuation au cas où les titres déposés ont été l'objet d'un échange du fait de la collectivité émettrice après libération intégrale des titres, recouponnement, modification des statuts ; il faut admettre que le déposant peut revendiquer les titres substitués aux titres déposés (PIC, *Les Sociétés commerciales*, 2e éd., n° 738). Il n'y a pas en l'espèce altération réelle de l'identité des titres. (LÉGAL, *Le contrat de dépôt de titres en banque*, 1926, p. 113).

(11) BRAVARD et DEMANGEAT, *Traité de Droit Commercial*, 2e édition, Tome 5, 1891, page 516 ; LÉGAL, précité, page 110.

(12) A titre d'exemple : Civ. 1er août 1910, S. 13.I.161.

(13) Cf. *infra*, page 332.

la convention des parties serait impuissante à rendre la subrogation opposable aux tiers (14).

A supposer même que la conception exprimée par la Cour de Dijon soit exacte, il n'en faudrait pas moins — et contrairement à la jurisprudence — persister à refuser la revendication ; les titres au porteur seraient alors des choses fongibles ; la revendication des titres déposés devrait être déclarée irrecevable par application des principes ci-dessus exposés à propos de la revendication des choses de genre.

En faveur de l'admission de l'action en revendicaton dans les cas précédemment envisagés, d'autres arguments auraient pu être encore invoqués ; on les trouvera exposés ci-après à propos de l'hypothèse qui va être présentement examinée de la souscription des valeurs mobilières.

(14) Le dépôt des titres à la C. C. D. V. T. est susceptible de poser de délicats problèmes au cas de faillite du banquier, agent de change, courtier en valeurs, intermédiaires entre le client déposant et la caisse.

Si tous les titres d'une même masse inscrite au compte des clients chez le banquier se retrouvent au crédit du compte du banquier à la caisse, les clients ne perdront rien à la faillite de l'intermédiaire ; il leur suffira de présenter le relevé de leur compte chez celui-ci. La solution résulte de l'al. 2 de l'art. 2 de la loi du 18 juin 1941. Si le banquier a disposé, sans l'ordre exprès du client, d'un crédit à la caisse — et la fraude lui est d'autant plus facile que le règlement de la caisse (art. 12) n'exige pas du banquier la justification que l'ordre qu'il donne correspond à un ordre d'un client — autrement dit, si le nombre des titres existant au crédit du compte de l'intermédiaire est inférieur au nombre des titres inscrits au crédit des comptes des clients chez l'intermédiaire, la perte se partagera par nature de titres entre les différents déposants ; la solution résulte de l'al. 6 de l'art. 3 de la loi.

Toutefois, si l'on admettait avec certains auteurs qu'à la suite du dépôt le droit du déposant est un droit de créance (Rousseau, *Les mesures relatives à la forme des actions*, J. C. P. 42.I.290, nos 34, 38 et 39 ; Kaeppelin, *La caisse centrale de dépôts et virements de titres*, Revue générale de Droit Commercial, 1943, page 273, n° 28) on serait nécessairement amené à conclure que les dispositions précitées de la loi du 18 juin 1941 dérogent au principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires, puisque les créanciers autres que les déposants ne peuvent faire valoir aucun droit sur les titres. Semblable opinion cependant serait erronée ; les clients déposants ne sont pas créanciers, ils sont collectivement copropriétaires des titres déposés ; les dispositions de la loi de 1941 ne portent en aucune manière atteinte à la règle de l'égalité qui régit les créanciers chirographaires à titre exclusif (Baldy, *La Caisse Centrale des Dépôts et Virements de titres*, Revue « Banque », novembre 1946, page 19).

Pour M. Tunc (*La représentation des actions par la comptabilité de la* C.C.D.V.T., J. C. P. 1947.I.659) l'actionnaire dont les titres ont été déposés à la caisse ne serait pas propriétaire ; il ne serait pas davantage créancier. Il serait simplement titulaire d'un compte de titres analogue au compte qu'il peut avoir en banque. Comment expliquer alors que la faillite de l'établissement intermédiaire soit sans influence sur le droit du client ?

II. — *La revendication n'est pas possible parce que le revendiquant n'a jamais été propriétaire de la chose revendiquée, faute pour celle-ci d'avoir été individualisée.*

Au cas de souscription de valeurs mobilières, c'est également à tort que la jurisprudence a permis aux souscripteurs, du seul fait que des titres de l'espèce de ceux souscrits se trouvaient dans les caisses du banquier failli, d'exercer à leur encontre l'action en revendication, alors même qu'ils n'auraient pas été individualisés à leur profit (15). La revendication aurait dû leur être refusée parce qu'ils n'en étaient pas encore propriétaires. Les titres au porteur, en effet, sont des choses fongibles tant qu'à la suite des négociations dont ils sont l'objet, ils n'ont pas fait l'objet d'une individualisation, d'une attribution privative à une personne déterminée (16).

Le rejet de l'action en revendication, cependant, appelle un examen approfondi car, pour justifier l'action, des arguments, qui, à première vue, ébranlent les conclusions auxquelles conduit l'application des principes, ont été invoqués ou sont susceptibles d'être invoqués.

C'est ainsi que des souscripteurs ont prétendu qu'à la suite de la transmission de leurs ordres de souscription et de la

(15) Rennes, 22 déc. 1932, Rec. Rennes, 1933.209 ; Com. Tours, 27 déc. 1935, *Journ. des Trib. de Com.* 37.632, confirmé par Orléans, 30 nov. 1936, *La loi*, 9 avril 1937, qui ont admis la prétention des revendiquants ; rapp. Paris, 18 avr. 1905, S. 06.2.18.

Contra : Com. Lyon, 2 déc. 1882, J. F. 83.167 ; Com. Lorient, 29 mai 1931, G. P. 32.2.390 ; Com. Tours, 17 juin 1932, S. 32.2.183, qui ont rejeté la prétention des revendiquants. Dans les espèces qui ont donné lieu à ces deux décisions, les titres avaient été remis au Syndic de la banque faillie après déclaration de faillite.

(16) Décret du 7 oct. 1890, art. 46.

L'individualisation pourra résulter d'un procédé quelconque, le plus souvent, d'un acte matériel d'attribution, tel que l'avis d'opéré adressé au donneur d'ordre avec indication des numéros des titres attribués ou de l'inscription sur les livres du banquier des numéros des titres reçus en face du nom du client auquel la livraison devait être faite ou de l'apposition d'une étiquette au nom du donneur d'ordre sur les titres reçus. On admet même que l'individualisation des titres reçus au profit du donneur d'ordre pourrait résulter de ce qu'aucun autre ordre de bourse de même nature, portant sur des titres identiques, n'aurait été donné par la banque le même jour et les jours suivants. L'appréciation du point de savoir si la condition d'individualisation est remplie, est une question de fait abandonnée à la décision des juges du fond (Cass. 8 juillet 1913, G. P. 13.2.209). Le banquier chargé de l'exécution d'un ordre d'achat doit individualiser le titre au nom du client, dès réception, à peine d'abus de confiance (Crim. 22 février 1935, G. P. 35.I.514).

livraison en bloc des titres au banquier, ils avaient formé une communauté forcée. A l'appartenance à cette communauté forcée correspondrait pour tous les souscripteurs un droit réel de co-propriété que les co-propriétaires indivis pourraient faire valoir collectivement en revendiquant collectivement le paquet de titres achetés pour leur compte, soit qu'il se trouve dans l'actif, au jour de la faillite, un nombre suffisant de titres pour désintéresser tous les souscripteurs, soit, même que le nombre des titres détenus par le failli soit inférieur au nombre des titres de même nature et valeur souscrits, sauf à répartir la perte proportionnellement entre tous les souscripteurs (17). A l'appui de leur thèse, les souscripteurs pourraient d'ailleurs éventuellement se prévaloir d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 avril 1866, qui a admis la revendication collective de vendeurs de marchandises mélangées entre elles au motif que l'identité des marchandises n'était pas détruite par le mélange en un seul tas de marchandises de même nature et qualité vendues par différents vendeurs (18). Peut-être même, depuis la loi du 18 juin 1941 relative à la création de la Caisse Centrale des Dépôts et Virements de Titres, tireront-ils à l'avenir argument de l'existence du droit de co-propriété existant au profit des déposants sur les titres déposés (19).

Dans cette opinion, la revendication collective n'est, d'ailleurs, qu'un détour pour parvenir à justifier la revendication individuelle ; du plan collectif, en effet, il faudra nécessairement passer au plan individuel. La revendication collectivement exercée sera nécessairement suivie si elle réussit d'un partage des titres réclamés, proportionnellement aux souscriptions de chacun. L'opération se déroulerait ainsi en deux temps. Pourquoi dans ces conditions, suggère-t-on, ne pas faire d'une pierre deux coups et accorder à chaque souscripteur co-partageant, en dehors de toute revendication collective, une action en partage sous la forme d'une

(17) Douai 14 janv. 1869, D. 73.2.77.

(18) Req. 16 avr. 1866, D. 66.I.490 ; on admet de même la co-propriété des choses fongibles transportées en grenier dans la vente caf (RIPERT, *Droit Maritime*, Tome 2, n° 1900, note 1, page 890) ; Cass. Section Civ. 11 nov. 1812, S. Chr.; Riom, 13 avr. 1869, sous civ. 17 août 1871, D. 71.I.287

(19) JEANTET, précité, n°s 10 et s.

revendication individuelle proportionnée à la part de chacun, toute action en partage impliquant toujours une demande en revendication ? En vertu de l'effet déclaratif du partage, chaque souscripteur sera censé tenir son droit de propriété privatif sur la chose au moment même où l'indivision est née, c'est-à-dire du jour où les titres ont été livrés au banquier. Au droit proportionnel sur l'ensemble de la masse indivise, sera substitué rétroactivement un droit de propriété privatif sur une chose déterminée. C'est, à bien l'examiner, la solution à laquelle aboutit l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 novembre 1936 déjà signalé (20).

L'arrêt frappé de pourvoi avait admis la revendication portant sur des titres non individualisés, exercée par le donneur d'ordre après faillite de la banque chargée de souscrire à une augmentation de capital. La Cour d'Appel avait donné pour motif de sa décision que « les titres avaient été appliqués avant la faillite à l'ensemble des clients souscripteurs et que... la banque ne les détenait qu'à titre de dépôt pour leur compte ». Cette solution lui a semblé s'imposer à la suite de la triple constatation qu'elle avait faite : *a*) que la banque avait, avant sa faillite, remis à l'un des souscripteurs un certificat qui permettait de représenter les titres à l'assemblée générale de la société qui avait augmenté son capital ; *b*) que la banque avait déposé les titres dans un coffre loué à son nom à la Banque de France ; *c*) que le nombre des titres de même espèce, de même valeur et fongibles était suffisant pour remplir de leurs droits tous les souscripteurs à qui ils étaient destinés. La Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt pour le motif laconique que la Cour d'Appel avait légalement justifié sa décision.

D'un point de vue général, cette jurisprudence, qu'elle admette la revendication collective ou la revendication individuelle présentée comme une modalité de l'action en partage, ne peut être justifiée.

Plus particulièrement, la solution de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 novembre 1936, malgré les approbations

(20) Req. 3 nov. 1936, S. 37.I.49, note Rousseau ; Rapp. Paris, 18 avril 1905, S. 06.2.18.

qu'elle a reçues (21), ne semble pas pouvoir être acceptée. La délivrance du certificat remis par la banque et qui semble avoir impressionné la Cour et, après elle les commentateurs de l'arrêt, à supposer, d'ailleurs, que le certificat portât les numéros des titres (22), ne saurait suffire à la justifier. La réunion fortuite et a posteriori des droits des revendiquants n'en modifie ni la nature, ni l'étendue. Leurs droits, qui sont des droits de créance, lorsqu'ils sont envisagés individuellement, ne peuvent se transformer en droits de propriété lorsqu'après coup ils sont envisagés collectivement. Les souscripteurs ne peuvent être, à aucun moment, considérés comme des co-propriétaires. Il n'en pourrait être autrement que si les souscripteurs, lors de la souscription, s'étaient groupés en un syndicat qui aurait donné un ordre global portant sur tous les titres souscrits. En l'absence d'un tel syndicat initial, chaque souscripteur est sans droit, sur les titres acquis pour le compte des autres souscripteurs et ne peut s'en prétendre co-propriétaire indivis. Il est certain, sans doute, que les titres détenus par le crédit sont bien, sans aucune hésitation possible, ceux que les clients avaient donné l'ordre d'acheter ou de souscrire. La preuve de l'identité des titres est faite, mais, comme on l'a écrit (23), « il manque la preuve essentielle ; les donneurs d'ordre ne démontrent pas qu'ils ont été propriétaires ». Parce qu'ils n'apportent pas la preuve de leur droit de propriété collectif, les souscripteurs ne peuvent agir collectivement ; ils ne sont pas mieux fondés à agir individuellement (24).

Mais on insistera, peut-être, et l'on soutiendra que

(21) ROUSSEAU, note, S. 37.I.49 ; BASTIAN, note, J. C. P. 44.2.2659, col. 3 ; ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, Tome 6, page 771, note 2.

(22) Sur le rôle de ce certificat, voir Civ. 24 juin 1891, S. 91.I.334, note anonyme.

(23) L. MAZEAUD, précité, J. S. 1932, page 396.

(24) Subsidiairement, on peut faire valoir également que l'admission de la revendication collective aurait pour effet de créer, dans une liquidation judiciaire ou une faillite, autant de masses distinctes qu'il y aurait d'éléments d'actifs, au mépris du principe que tous les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers. On ajoutera qu'au cas où les titres auraient été détruits par un cas de force majeure, la banque eût été sans droit pour soutenir — et les souscripteurs n'auraient pas manqué de s'élever contre semblable prétention — que les titres avaient péri pour le compte des souscripteurs par application de l'adage « *res perit domino* ».

l'existence d'une convention n'est pas nécessaire pour faire naître l'indivision. Le jeu des règles relatives à l'accession mobilière par mélange pourrait conduire à ce résultat et justifier une revendication collective ou une action individuelle en revendication équivalente à une action en partage. Les textes relatifs à l'accession supposent en effet l'absence de convention. En vertu de l'article 573 du Code Civil : « lorsqu'une chose a été formée par le mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires, mais dont aucune ne peut être regardée comme la matière principale..., si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, ils en acquièrent en commun la propriété dans la proportion de la qualité, de la quantité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux ».

A la vérité, le raisonnement ainsi présenté part d'une interprétation hâtive de l'article 573 du Code Civil. Pour que la règle de l'article 573 puisse jouer, il faut supposer un « mélange de plusieurs matières appartenant à différents propriétaires ». Les choses mélangées doivent avoir été, avant le mélange, la propriété individuelle de ceux qui sont devenus co-propriétaires du mélange ; elles doivent avoir possédé une individualité indiscutable. Or, en l'espèce, et c'est là tout le problème, aucun des souscripteurs n'a pu, à aucun moment, être considéré comme propriétaire individuel des titres qu'il avait souscrits ; ceux-ci, à aucun moment, n'ont été individualisés. Aussi, est-ce à tort que l'on tirerait argument de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 avril 1866 précité, qui, au regard des règles de l'accession mobilière par mélange, apparaît comme justifié (25). Les revendiquants étaient des vendeurs et leurs revendications portaient sur des marchandises dont ils avaient été propriétaires avant le mélange (26).

(25) D. 66.I.490.

(26) S'ils avaient été dépositaires, on sait qu'ils n'auraient pu revendiquer car le dépositaire de choses fongibles qui ont été mélangées avec d'autres en devient propriétaire ; on ne saurait songer à justifier l'arrêt de la Chambre Civile du 4 fév. 1907, S. 08.I.457, par les règles de l'accession puisqu'en l'espèce le revendiquant était un déposant de choses fongibles. Cf. *supra* 101.

36. — Conclusion.

Au total, l'équité doit fléchir devant la rigueur des principes. La situation du déposant abusé ou du souscripteur n'est pas, à y réfléchir, différente de celle du prêteur qui, par les deniers qu'il a avancés au failli, a indirectement enrichi la masse des créanciers. On a refusé au prêteur le droit d'exercer l'action de in rem verso ; à peine de méconnaître la nature du droit réel, on doit également rejeter l'action en revendication du souscripteur, du déposant dont la confiance a été trahie. Déposant ou souscripteur ont fait crédit au commerçant failli ; ils sont devenus ou ils sont des créanciers ; la loi de l'égalité leur est applicable, sans distinction, comme elle l'est au prêteur. Il appartient, en conséquence, à la jurisprudence de revenir à une plus juste application des principes. L'intervention du législateur en faveur des déposants et souscripteurs n'est d'ailleurs pas à souhaiter en l'occurrence, le bouleversement qui en résulterait dans la conception du droit réel serait plus néfaste qu'utile.

Section III

LES CLAUSES PAR LESQUELLES LES VENDEURS ONT ESSAYÉ DE CONSERVER LEUR DROIT DE PROPRIÉTÉ SUR LA CHOSE VENDUE (*)

Critiquable à raison de la facilité avec laquelle elle a accueilli l'action en revendication des souscripteurs ou déposants de valeurs mobilières au porteur, la jurisprudence a fait preuve d'une juste fermeté à l'égard des vendeurs qui, par des clauses appropriées, avaient essayé de conserver leur droit de propriété sur la chose vendue. Ainsi, elle a assuré le respect de la règle de l'égalité.

(*) On examinera ici que la question de l'opposabilité à la masse des clauses de réserve de propriété ou de résolution destinées à jouer au jour de la déclaration de faillite ; sur la question de l'opposabilité à la masse de ces mêmes clauses lorsqu'elles ont joué avant la déclaration de faillite, voir *infra*, page 275.

37. — Types de clause.

Les clauses par lesquelles les vendeurs à terme ont tenté de se soustraire à la loi de l'égalité peuvent se ramener à deux types :

Les unes tendent à différer le transfert de la propriété des meubles vendus jusqu'au paiement du prix : elles sont de deux sortes ; on distingue les ventes avec clauses de réserve de propriété et les ventes sous condition suspensive de paiement. Parfois stipulées ouvertement, ces clauses sont souvent dissimulées sous la forme d'un contrat de louage assorti d'une convention aux termes de laquelle le preneur, à l'expiration du bail, acquerra la propriété de l'objet, soit de plein droit, soit en vertu d'une promesse de vente qu'il pourra lever.

D'autres clauses n'éludent pas la règle d'après laquelle la vente est en principe translative de propriété mais elles prévoient la résolution automatique de celle-ci au cas de faillite de l'acheteur qui n'aurait pas payé son prix ; elles portent le nom de pactes commissoires exprès.

38. — Solutions de la jurisprudence française et justification.

L'opposabilité de ces clauses à la masse est appréciée différemment à l'étranger et en France. La doctrine et la jurisprudence allemandes l'admettent ; elles ont visiblement inspiré le législateur italien de 1942 qui consacre expressément la même solution par l'article 1524 du Code Civil (1).

En France, en l'absence de textes, la doctrine (2) et la jurisprudence (3), conformément à la doctrine et à la juris-

38. — (1) Art. 1524 : « La réserve de propriété est opposable aux créanciers de l'acheteur si elle résulte d'un acte écrit ayant date certaine avant la saisie. Si la vente a pour objet des machines et si le prix est supérieur à 30.000 lires, la réserve de propriété est également opposable au tiers acquéreur si le pacte de réserve de propriété a été transcrit sur le registre tenu par le greffe du Tribunal dans la juridiction duquel est placée la machine et si celle-ci, quand elle a été acquise par le tiers, se trouvait encore dans le lieu où la transcription a été exigée ». Au cas de vente d'automobiles, avions, navires, la transcription a lieu sur des registres spéciaux.

(2) et (3) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, Tome 8, n° 838 ; Percerou et Desserteaux, Tome 2, n° 1026 ; Rault, *Des Clauses par lesquelles le vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende*, R. F. 1936.393. *CONTRA*, Vandamme, note au D. 35.I.151.

Req. 27 juil. 1895, S. 99.I.350 ; Civ. 28 mars et 22 oct. 1934, D. 34.I.151,

prudence belge (4), sont, à juste raison, d'accord pour considérer ces clauses comme inopposables à la masse. On examinera ultérieurement si, au point de vue législatif, le maintien de cette solution est désirable. Dans le présent, pour la justifier, la Doctrine et la Jurisprudence françaises font ordinairement appel à la notion d'apparence et à la nécessité de la protection du crédit qui expliquent la suppression par les articles 550 et 576 du Code de Commerce, des garanties dont bénéficie en droit commun le vendeur de meubles. « Dès l'instant où l'acheteur a acquis la libre disposition des marchandises, écrit M. Percerou, elles sont devenues un élément de son actif apparent ; ses créanciers... ont pu, à bon droit, tenir compte de cette valeur pour mesurer leurs avances » (5). Les marchandises sont devenues un élément de la solvabilité apparente du débiteur (6).

A la vérité, le recours à la notion d'apparence est insuffisant. Il serait judicieux si la masse comprenait, comme en droit anglais, tous les biens dont le failli avait la possession apparente lors de la déclaration de faillite : les biens dont le failli a acquis la propriété, comme aussi les biens qu'il a loués ou qui ont été déposés chez lui. Or, cette conception n'est pas celle du droit français. Le Code de Commerce, par l'article 575 par exemple, au cas de consignation, autorise la revendication de tous les meubles détenus par le failli et dont il n'est pas propriétaire, sans distinguer si ceux-ci se trouvaient en sa possession ostensible ou non. Par ailleurs, pour être justifié à protéger les tiers, en cas de vente, il faudrait être assuré que ceux-ci ont au moins couru le risque d'être induits en erreur à raison du caractère occulte de la clause. Or, pour les choses relativement auxquelles la vente à crédit est usuelle (machines, par exemple), les créanciers ne peuvent prétendre avoir cru que leur débiteur en était propriétaire. La jurisprudence fournit d'ailleurs elle-même la preuve de la faiblesse du motif qu'elle invoque ; elle n'en fait pas état lors-

S. 35.I.337, note Esmein ; Colmar, 25 juill. 1935, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1936.111 ; Angers, 5 mars 1937, R. F. 37.379 ; Lyon, 16 nov. 1936, S. 37.2.61 ; Douai, 12 mars 1940, S. 41., Tables, V° Faillite n° 51.

(4) Cass. Belgique, 9 fév. 1933, Pasierisie 1933.I.103.

(5) Percerou, *Ann. Dr. Comm.* 1931.192, *La Clause de Réserve de propriété* ; Rapp. Civ. 28 mars et 22 oct. 1934, précités.

(6) Rapp. Esmein, S. 35.I.337.

que l'une des clauses précitées a joué au cours de la période suspecte et admet alors, comme on le verra (7), l'opposabilité des dites clauses à la masse. Les machines, marchandises, etc. ont cependant été des éléments de la solvabilité apparente du débiteur.

Au demeurant, la lecture des travaux préparatoires du code montre que la suppression des garanties reconnues en droit commun au vendeur n'a pas eu pour raison première le souci de protéger les tiers qui auraient fait crédit au failli sur le vu des marchandises qui se trouvaient chez le failli. La préoccupation constante des rédacteurs du Code de Commerce fut d'assurer le respect du principe de l'égalité. On fit remarquer à maintes reprises qu'aucune différence ne devait être faite entre celui qui est créancier pour fournitures de marchandises et celui qui est créancier à la suite d'un prêt (8) ; l'idée d'apparence ne fut invoquée qu'à titre accessoire (9).

Pactes commissoires exprès et clauses tendant à retarder le transfert de la propriété sont inopposables à la masse, parce qu'ils sont contraire à la règle de l'égalité ; ils tendent en effet à maintenir au profit du vendeur non payé les garanties du droit commun, supprimées en application de la loi de l'égalité. Il serait vain de les exclure si, par des moyens détournés, on pouvait parvenir à les rétablir. Certaines décisions de jurisprudence invoquent d'ailleurs expressément le principe de l'égalité (10).

Au surplus, l'inopposabilité des clauses précitées découle de la suppression implicite du droit de résolution. C'est évident pour la clause de résolution, mais il en est de même pour les clauses tendant à retarder le transfert de propriété. A l'égard des tiers en effet, il y a eu vente et vente translative de propriété puisque rien ne les avertissait du maintien de la propriété du vendeur. A l'égard des tiers, les clauses qui retardent le transfert de propriété jouent, en conséquence, comme une clause de résolution. Or le même traitement doit être appliqué à celui qui prétend, en vertu d'une clause de

(7) Cf. *infra*, page 275.
(8) Observation faite au Tribunat, séance du 10 juin 1907, LOCRÉ, Tome 19, page 450.
(9) LOCRÉ, page 340.
(10) Angers, 5 mars 1937, R. F. 37.379.

résolution, être censé n'avoir jamais perdu la propriété de sa chose et à celui qui, grâce à une rédaction habile du contrat qui l'unissait au débiteur, prétend avoir conservé la propriété de la chose vendue.

Section III

UNE EXCEPTION PRÉTENDUE A LA RÈGLE DE L'ÉGALITÉ : LA SUBROGATION RÉELLE AU PREMIER DEGRÉ

39. — Position du problème et solution de la jurisprudence.

La subrogation réelle, pour qui peut l'invoquer en cas de faillite, est la source d'avantages incontestables. Ainsi, grâce au remploi qui en est une application, la femme mariée est à l'abri de l'insolvabilité de son mari. Nous ne retiendrons pas cependant ici l'hypothèse de la subrogation dite au deuxième degré qui opère la substitution à la chose aliénée de la chose acquise au moyen du prix d'aliénation. La subrogation réalise normalement alors le report du droit de propriété du bien originaire sur le bien subrogé ; elle joue en dehors du domaine des droits de créance ; ses effets dans la faillite sont ceux-là mêmes du droit de propriété. La subrogation au premier degré qui opère la substitution à la chose aliénée de son prix d'aliénation nous intéressera seule ici ; dans une opinion en effet, elle opérerait en contravention de la règle de l'égalité (1). Un exemple montrera comment la question s'est posée.

On suppose qu'un dépositaire (2) ait aliéné la chose déposée ou l'ait remise en gage. Si, au jour de la déclaration de faillite du dépositaire, l'acquéreur, dans l'hypothèse de l'aliénation, n'a pas payé son prix ou si, dans l'hypothèse de mise en gage, la réalisation du gage laisse un excédent à raison de l'infério-

39. — (1) Lescot, note S. 1942.I.81 ; Rappr. Chéron, note au D. 44.J.66.
(2) La question se pose dans les mêmes termes à l'égard de tout débiteur de la chose d'autrui, soit que la loi ou la convention lui aient donné le pouvoir de procéder à l'opération envisagée, soit qu'en l'absence de tout pouvoir légal ou conventionnel, il ait trahi la confiance mise en lui.

rité de la créance du créancier gagiste relativement à la valeur des objets mis en gage, le propriétaire peut-il, par application de la subrogation réelle, prétendre au paiement intégral soit du prix au cas d'aliénation soit de l'excédent au cas de mise en gage ?

Pour le cas d'aliénation, l'article 575, alinéa 2 du Code de Commerce, donne une solution affirmative. Pour le cas de mise en gage, il résulte des motifs d'un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 28 juillet 1941 (3), qu'en l'absence de texte, une solution identique doit être adoptée. Pour la justifier, la Cour de Cassation fait expressément appel à la subrogation réelle.

Apparemment au moins, ces solutions, il faut le reconnaître, heurtent la règle de l'égalité.

Au cas d'aliénation, le propriétaire a perdu, au jour de l'aliénation, la propriété de l'objet déposé. Il ne doit normalement avoir d'autre ressource que celle de faire valoir la créance née de l'inexécution par le dépositaire de l'obligation contractuelle de restitution qui incombait à ce dernier ; cette créance est une créance dans la masse (4). Par ailleurs, la créance de prix contre l'acquéreur fait partie de l'actif du dépositaire, puisqu'elle est née au profit de celui-ci. Dans ces conditions, la reconnaissance au propriétaire du droit de réclamer, en vertu de la subrogation, le paiement intégral du prix d'acquisition non encore effectué au jour de la déclaration de faillite conduit effectivement à désintéresser intégralement un créancier au moyen d'un bien compris dans l'actif de la faillite, au mépris de la règle de l'égalité.

On aboutit à une constatation analogue si, au lieu d'envisager l'hypothèse de l'alinéation de l'objet, on envisage celle

(3) J.C.P. 1941.II.1730, note Toujas ; D.A. 1942, J. 51, D.C. 1944, J. 66, note Chéron ; S. 42.I.81, note Lescot ; dans le même sens : Trib. Civ. Seine 6 janv. 1906, J.F. 07.308.

(4) La même solution devrait être également donnée au cas où l'obligation de restitution est d'origine légale (tutelle). Cependant, au cas où la condamnation du débiteur à des dommages-intérêts serait intervenue postérieurement à la déclaration de faillite, il faut faire état de la jurisprudence qui juge que les créances délictuelles ou quasi-délictuelles n'existent qu'à partir du jour du jugement qui les constate et en déduit qu'elles ne peuvent être recouvrées contre la masse et que le concordat leur est inopposable.

de sa mise en gage au cas où la réalisation des objets laisse un excédent.

A la suite en effet de la mise en gage de l'objet déposé, le droit de propriété du déposant est devenu un droit théorique, rendu inefficace par le droit de rétention qu'opposerait victorieusement le créancier gagiste à sa revendication ; la qualité de créancier chirographaire du déposant, née du contrat de dépôt (5), demeure seule à titre effectif. Sans doute le droit de propriété du déposant pourrait-il reprendre efficacité au cas où les objets mis en gage feraient retour au syndic (6). Mais la réalisation du gage fait obstacle à la réalisation de cette éventualité et semble consacrer en droit la perte définitive du droit de propriété, réalisée dans les faits au jour de la constitution du gage. Comme au cas d'aliénation, l'application de la subrogation réelle, en permettant au déposant créancier chirographaire de prélever l'intégralité de l'excédent du produit de la réalisation du gage sur la créance du créancier gagiste, apparaît comme une atteinte à l'égalité.

40. — Critiques formulées et solution proposée.

Devant la solution de l'article 575, au cas d'aliénation, force est bien cependant à la doctrine de s'incliner ; en revanche, tout en approuvant la solution donnée par la Cour de Cassation au cas où le produit de la réalisation des objets remis en gage laisserait un excédent, des auteurs éminents (1) critiquent le recours fait à la subrogation pour la justifier. Ils font état de la conception couramment admise d'après laquelle la subrogation au premier degré serait fondée sur l'équité (2).

(5) Cf. note 4, page précédente.

(6) Ce sera le cas si le créancier gagiste, désintéressé par ailleurs, a restitué les titres au syndic (Paris, 25 oct. 1940, D.H. 1940.170). Le créancier gagiste a pu être désintéressé par le déposant lui-même. On a écrit (Escarra et Rau, tome 6, page 985 ; Légal, page 115) que, dans ce cas, le déposant était « créancier de la masse » pour le montant de la dette du failli qu'il avait éteinte ; c'est une erreur : le déposant est « créancier dans la masse » (Bordeaux, 14 mars 1892, J.F. 92.342 ; Grenoble, 30 déc. 1932, La Loi, 28 oct. 1933).

40. — (1) Lescot, S. 42.I.81 ; Chéron, D.C. 44.J.66. Leurs critiques ont sans doute impressionné la Cour de renvoi (Caen, 8 mars 1943, J.D.F., Répertoire 1936-1946, p. 310) car celle-ci rejette toute extension de l'art. 575 C. com.

(2) Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, Revue Trimestrielle 1919, page 390.

Il leur est alors aisé de soutenir qu'au cas de faillite, l'équité doit céder le pas devant la règle de l'égalité et qu'en l'absence d'un texte analogue à l'article 575, qui doit être interprété restrictivement, la subrogation ne peut être invoquée. Soucieux cependant de maintenir la solution équitable de la Cour de Cassation, ces auteurs suggèrent d'appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause.

On ne peut effectivement contester qu'au cas où le déposant ne serait pas admis à réclamer à la masse le versement intégral de l'excédent et serait réduit à produire à la faillite pour son montant, l'enrichissement de la masse serait certain ; la masse s'enrichirait de la différence entre le montant de cet excédent et le montant du dividende touché par le déposant relativement à cet excédent.

41. — Rejet de la solution proposée et des critiques dirigées contre le recours à la subrogation. — Approbation de la jurisprudence.

Cette suggestion cependant ne peut être retenue (1). Pour que les principes de l'enrichissement sans cause puissent s'appliquer, il faudrait encore que l'on démontre que le déposant a le droit de réclamer à la masse le paiement de l'excédent, autrement dit, que l'on démontre comment le déposant est devenu créancier de la masse. Pour cela, il faudrait faire la preuve que la masse n'avait aucun droit à encaisser l'excédent du produit de la réalisation du gage sur le montant de la créance du créancier gagiste et que, seul, le déposant était fondé à toucher cet excédent ; en bref, il faudrait faire la preuve que, de la chose, le droit du déposant s'est reporté sur le prix, ou, tout au moins, sur ce qui en est resté disponible après désintéressement du créancier gagiste. Or, du fait qu'ils

41. — (1) On ne reprendra pas davantage la solution de l'arrêt de la Cour de Caen du 8 mars 1943 (J.D.F., Répertoire 1936-1946, page 310), statuant sur renvoi dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de cassation de la Ch. Civ. du 28 juillet 1941 précité. Après avoir rejeté tout recours à la subrogation réelle, l'arrêt, pour parvenir au même résultat, fait appel à la subrogation personnelle du débiteur failli (1251, § 3, C. Civ.) pour le seul motif que les déposants auraient laissé volontairement, lors du dépôt du bilan, leurs titres à la disposition des créanciers nantis. En application du texte précité, ils se seraient trouvés subrogés à tous les droits des créanciers nantis à la suite du paiement de la dette de leur débiteur. Semblable analyse de l'opération est divinatoire.

rejettent tout recours à la subrogation, les auteurs envisagés se privent du seul moyen qui leur permettrait de faire cette démonstration. Pour être logique avec eux-mêmes, ils doivent donc n'envisager le déposant qu'en sa seule qualité de créancier chirographaire du failli, soumis pour le paiement des dommages-intérêts qui lui sont dus à la loi du marc le franc.

On aboutit alors à faire au déposant une situation différente suivant que le dépositaire aura aliéné ou mis en gage l'objet déposé. Au cas où le failli a aliéné l'objet avant sa déclaration de faillite, le déposant peut en réclamer le prix directement à l'acquéreur, qui ne l'aurait pas encore payé au syndic (art. 575, Code de Com.) ; au cas où l'acquéreur l'aurait payé au syndic, on admet que le déposant pourrait en réclamer le paiement à la masse (2). En revanche, au cas où le commerçant aurait mis en gage l'objet déposé et où la réalisation du gage aurait produit un excédent, le déposant ne pourrait en réclamer le paiement à l'acquéreur, ou au syndic qui l'aurait encaissé. Le résultat est choquant ; il est cependant inéluctable si l'on rejette avec les auteurs l'application de la subrogation réelle, et avec nous, faute pour les auteurs qui y ont eu recours d'avoir justifié son application, la théorie de l'enrichissement sans cause.

Le rejet de la subrogation réelle est à la base de l'impasse dans laquelle le raisonnement est nécessairement conduit. Ce rejet n'est pas justifié. Dans le système des auteurs, la subrogation produirait par elle-même l'effet spécifique de permettre au propriétaire de réclamer à l'acquéreur le paiement du prix de sa chose aliénée par un détenteur, et cet effet serait fondé sur l'équité. Autrement dit, le propriétaire n'aurait pas un droit juridiquement établi sur le prix provenant de l'aliénation. L'erreur des auteurs réside dans le fondement attribué par eux à la subrogation.

Avant de le montrer, une remarque de terminologie s'impose. L'expression de fondement de la subrogation est une expression elliptique ; elle ne doit être utilisée qu'à la condition d'en comprendre le sens exact. Parler de subrogation, au cas au moins où celle-ci joue au premier degré, consiste à utiliser une expression commode pour exprimer un

(2) PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, page 433, note *in fine*.

résultat qu'il convient par ailleurs de justifier. C'est la justification de ce résultat qui constitue le fondement de la subrogation réelle. Or, ainsi comprise, la subrogation du prix à la chose aliénée a un fondement beaucoup plus solide que l'équité et qui ne semble pas avoir été mis suffisamment en relief par la doctrine moderne : la subrogation au premier degré est la manifestation du droit de préférence qui est attaché au droit réel de propriété (3). De ce droit de préférence le propriétaire peut se prévaloir utilement, même à l'encontre de la masse de la faillite, puisque, ce faisant, le propriétaire se prévaut de son droit réel de propriété.

On a parfois, il est vrai, contesté que le droit de propriété emportât droit de préférence. C'est ainsi qu'on lit sous la plume de M. Bonnecase, que l' « on ne peut parler de... droit de préférence en matière de propriété... (et que) c'est exclusivement à propos des droits réels accessoires que l'on peut user de ce langage (4) ». C'est à cette conception qu'adhèrent implicitement les auteurs qui critiquent l'utilisation faite de la subrogation par la Cour de Cassation en 1941 ; or cette conception est erronée. Tout droit réel emporte droit de préférence. Si le droit de préférence apparaît avec éclat à l'occasion des droits réels accessoires, il ne saurait être nié à propos du droit réel de propriété. Au cas de dépôt par exemple, le droit de préférence se manifeste lorsque l'objet déposé est retrouvé en nature dans les magasins du dépositaire lors de la déclaration de faillite ; il permet au propriétaire d'en réclamer la restitution et d'exclure tous les créanciers du dépositaire failli (5). Mais le droit de préférence ne se manifeste pas seulement lorsque le bien existe encore en nature ; il se manifeste également lorsque le bien a été aliéné. Dans ce cas, si le droit de suite est perdu pour le propriétaire, le droit de préférence subsiste et s'applique au prix provenant de l'aliénation ; tant qu'il n'a pas été payé par l'acquéreur, le propriétaire peut lui en réclamer le paiement. Cette prolon-

(3) L'idée est en germe dans l'article de CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, Rev. Trim. 1919, page 414.

(4) BONNECASE, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, Tome 5, page 207 et 208 ; Rapp. COLIN et CAPITANT, par JULLIOT DE LA MORANDIERE, n° 100, Tome 1.

(5) RIPERT et BOULANGER, Tome I, n° 2610.

gation de l'efficacité du droit réel est normale. Pour quelle raison en effet le droit de préférence attaché au droit réel de propriété ne jouerait-il pas sur le prix du bien aliéné, alors qu'il joue exclusivement sur le prix lorsqu'il est attaché à un droit réel accessoire.

Dans ces conditions, pour nous, l'article 575, alinéa 2, était inutile.

Si, au lieu d'aliénation, on suppose que les objets déposés ont été mis en gage, et que la réalisation du gage produise un excédent, les solutions ne seront pas différentes. Sans doute la mise en gage de l'objet déposé fait-elle perdre au propriétaire le droit de suite, mais elle ne lui fait pas perdre le droit de préférence (6). Assurément, à concurrence du montant de la créance du créancier gagiste, le droit de préférence du déposant est primé sur le prix par le droit de préférence qui découle, au profit du gagiste de bonne foi, de son droit réel de gage, mais le droit de préférence du déposant joue avec pleine efficacité relativement à l'excédent ; il exclut toute prétention que la masse pourrait faire valoir sur lui. Le déposant pourra en réclamer le paiement à l'acquéreur.

Si l'acquéreur a payé au syndic le prix de l'objet aliéné par le failli ou l'excédent provenant de la réalisation du gage, le déposant en réclamera valablement le paiement intégral à la masse ; la situation est alors identique en tous points à celle où, après délibération de faillite, le syndic aurait vendu des marchandises qui étaient en dépôt chez le failli ; dans cette hypothèse, personne ne songerait à refuser au propriétaire le droit de réclamer à la masse la valeur intégrale des objets (7). La raison en est qu'après la déclaration de faillite, le patrimoine du failli est un patrimoine placé sous la main de justice. Il est sorti du tourbillon des affaires, sa composition est figée, les deniers touchés par le syndic ont d'ailleurs été obligatoirement déposés par lui à la Caisse des Dépôts et Consignations, en vertu de l'article 489 du Code de Commerce. A la différence de l'hypothèse où le paiement a été effectué au failli avant la déclaration de faillite, il n'y a pas eu confu-

(6) Comp. Paris, 25 oct. 1940, D. A. 1940.170.
(7) Cass. 4 fév.)907, D. 08.I.438 ; Com. Seine, 6 janv. 1908, J. F. 07.308.

sion entre les deniers versés au syndic et le patrimoine du failli. Le droit de préférence dont disposait le déposant et qui se serait éteint par le paiement au failli (8), continue à s'exercer sur les sommes versées au syndic ; il ne s'éteindra que le jour où celles-ci viendraient à être distribuées.

Ainsi présenté comme la manifestation du droit réel de propriété, le fonctionnement de la subrogation réelle ne porte pas atteinte, comme on l'a prétendu, à la règle de l'égalité : la règle de l'égalité est ici hors de cause. La règle de l'égalité suppose, pour s'appliquer, le concours entre créanciers chirographaires ; la violation de la règle de l'égalité consiste en ce que un créancier chirographaire touche proportionnellement plus que les autres. Lorsque le créancier chirographaire est en même temps titulaire d'un droit réel et qu'il se prévaut de son droit réel, on a vu qu'il serait erroné de dénoncer là une atteinte à la règle de l'égalité. Droit réel et droit de créance sont sur des plans différents ; en invoquant le droit réel dont il est titulaire, le créancier chirographaire invoque un droit plus fort que son droit de créance ; il fait abstraction de sa qualité de créancier chirographaire. Il ne porte pas atteinte à la règle de l'égalité. Pas davantage, en invoquant la subrogation réelle au premier degré, le déposant ne porte atteinte à la règle de l'égalité, puisqu'il exerce les prérogatives que lui conférait son droit réel de propriété.

(8) Le paiement fait au failli ayant pour conséquence l'extinction du droit de préférence du propriétaire, on explique la solution d'un arrêt de la Chambre Civile du 23 août 1864 (D. 64.I.367). Un banquier dépositaire avait vendu des titres qui lui avaient été confiés ; il en avait touché le prix et l'avait utilisé au paiement de l'un de ses créanciers. Après faillite du banquier, le paiement est annulé ; le déposant réclame le remboursement intégral des sommes restituées au syndic. La Cour de Cassation a rejeté sa prétention ; le paiement du prix au failli avait éteint le droit de préférence. D'après un arrêt de la Cour de Paris du 13 novembre 1928 (D. P. 30.2.193), le principe devrait être écarté au cas où le prix payé au commerçant aurait été réglé par une inscription au crédit de son compte et où l'inscription serait ultérieurement annulée : le propriétaire serait fondé à réclamer au syndic les sommes à lui versées par le correspondant du commerçant failli.

CHAPITRE III

LES EFFORTS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DU FAILLI EN VUE DE SE FAIRE RECONNAITRE LA QUALITÉ DE CRÉANCIERS DE LA MASSE

Certains créanciers chirographaires du failli, pour se soustraire à la loi de l'égalité, se sont présentés comme créanciers de la masse. Les qualités de personne morale et de tiers (1), aujourd'hui reconnues à la masse, facilitaient leurs prétentions. La « novation » de leur qualité de créanciers dans la masse en créanciers de la masse présentait un avantage évident. Comme créanciers de la masse en effet, le pacte concordataire ne leur est pas opposable et, au cas d'union, ils sont payés avant même les créanciers privilégiés du failli.

Pour justifier semblable prétention, un créancier, l'Administration des Assurances Sociales, n'a pas hésité à invoquer l'ordre public ; au nom de l'ordre public, il a prétendu écarter à son profit la règle de l'égalité entre les créanciers, habituellement présentée comme d'ordre public. Par trois arrêts, la Chambre Civile a fait justice de cette prétention arbitraire (2).

(1) GOMBEAUX, *Les Créanciers de la Masse*, Ann. Dr. Com. 1907, page 417 ; H. MAZEAUD, *Les Obligations extra-contractuelles de la masse dans la faillite*, Revue Critique 1926, page 126 ; SEBAG, *L'Enrichissement sans cause dans la faillite*, R. G. D. C. 1938.432 ; PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 2, page 584 et s. ; Cass. 20 juil. 1939, G. P. 40.1.74.

(2) Civ. rej. 6 nov. 1935 (2 espèces), S. 36.1.185 ; Civ. rej. 14 janv. 1936, J. F. 38.8. Sur la question, cf. DEMONTÈS, *De la situation de l'administration des assurances sociales dans la faillite de l'employeur*, R. F. 36.557 et en particulier page 567.

Parfois les créanciers chirographaires ont cherché à mettre en jeu la responsabilité de la masse. Ainsi des déposants qui n'avaient que la seule ressource de produire à la faillite du dépositaire à la suite de la mise en gage abusive par celui-ci de l'objet déposé, ont essayé de mettre en jeu la responsabilité délictuelle de la masse. Ils ont soutenu que la masse était responsable de n'avoir pas désintéressé de créancier gagiste de manière à libérer le gage. On a déjà eu l'occasion d'indiquer que la jurisprudence avait fait justice de leurs prétentions (3.)

Les déposants n'ont pas eu plus de succès en recherchant la responsabilité contractuelle de la masse sous le prétexte que « l'obligation de restituer les titres in specie qui existait à la charge du dépositaire failli aurait été transmise à la masse et qu'à défaut de restitution en nature, celle-ci serait tenue de verser à titre de dommages-intérêts le montant intégral de la valeur des titres » (4). Les motifs d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 juillet 1939 (5) contiennent l'exacte réfutation ce ce système. La masse ne succède pas de plein droit aux obligations contractées par le failli ; elle ne saurait être tenue que si, par les actes de son représentant, elle a expressément ou tacitement manifesté sa volonté de les prendre en charge. La masse qui, en l'espèce, est restée étrangère aussi bien au contrat de dépôt qu'à sa violation, ne saurait être tenue de payer au propriétaire le montant intégral des titres.

Le plus souvent, les créanciers chirographaires du failli, profitant de situations particulièrement favorables, en opposition apparente avec l'équité, ont prétendu que, du fait de leur appauvrissement antérieur à la faillite, la masse était tenue quasi-contractuellement envers eux. Leurs prétentions, qu'elles soient fondées sur les principes de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause, méritent que l'on s'y arrête, car, sur la foi d'un examen superficiel, elles ont parfois reçu un accueil favorable en doctrine.

Avant tout examen, nous préciserons que nous n'entendons

(3) Cf. *supra*, page 31 ; voir également Paris, 16 avril 1947, G. P. 6 sept. 1947.

(4) Gand, 17 nov. 1932, D. 34.II.1 ; rapp. Cass. Belgique, 25 avril 1895. Pasc. 95.I.163.

(5) G. P. 40.I.74.

pas faire ici l'étude complète des hypothèses où la masse peut être quasi-contractuellement engagée, mais rechercher si les créanciers chirographaires du failli, antérieurs au jugement déclaratif de faillite, peuvent, en invoquant les principes des théories de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause, se muer en créanciers de la masse. Nous n'envisagerons donc pas les hypothèses où la masse pourrait se trouver quasi-contractuellement engagée à la suite d'actes accomplis à son profit postérieurement à la déclaration de faillite, puisqu'en l'occurrence le principe de l'égalité entre les créanciers ne se trouve plus en cause (6).

Au demeurant, la qualité de créancier de la masse était si avantageuse que des créanciers à qui elle avait été reconnue et qui n'avaient pas été payés de leurs créances, ont prétendu la conserver au cas de nouvelle faillite du débiteur. On examinera également leurs prétentions.

La section I de ce chapitre sera consacrée au jeu de l'action *negotiorum gestorum* dans la faillite ; la section II, au jeu de l'action *de in rem verso*. On étudiera dans la section III l'effet d'une nouvelle faillite du débiteur sur la qualité de créanciers de la masse d'une faillite antérieure.

Section I

LE JEU DE L'ACTION « NEGOTIORUM GESTORUM » DANS LA FAILLITE

42. — Rejet de l'action « negotiorum gestorum » à raison de l'absence d'intention de gérer du créancier.

On a parfois soutenu (1) que la jurisprudence faisait des applications multiples de la théorie de la gestion d'affaires en cas de débours effectués antérieurement à la déclaration de faillite, lorsque ceux-ci s'étaient avérés utiles à la masse. Il

(6) Sur ces hypothèses, voir notamment Sebag, *L'Enrichissement sans cause dans la faillite*, R. G. D. C. 1938, page 152 ; Marais, *De la répétition de l'indu par la masse d'une faillite*, R. F. 1937.748.

42. — (1) H. Mazeaud, *Les Obligations extra-contractuelles de la masse dans la faillite*, Rev. Crit. 1926, page 135.

en serait ainsi, par exemple — et l'on invoque même comme ayant statué en ce sens un arrêt de la Chambre Civile du 25 juillet 1893 (2) — au cas de poursuites entamées par un créancier contre son débiteur, et interrompues par la survenance de la faillite. Si les poursuites commencées ont été utiles à la masse, en assurant la conservation de son gage, le poursuivant pourrait, en tant que gérant d'affaires de la masse, réclamer à celle-ci le remboursement de l'intégralité de ses débours.

Cette opinion paraît contestable. Il ne semble pas exact de prétendre que la jurisprudence ait fait application des principes de la gestion d'affaires en de semblables hypothèses. Par l'arrêt invoqué du 25 juillet 1893, la Cour de Cassation a seulement jugé que les frais exposés étaient assortis du privilège des frais de justice (3). L'action *negotiorum gestorum* n'aurait d'ailleurs pas été recevable en l'occurrence. Entre autres conditions en effet, l'application des règles de la gestion d'affaires suppose l'intention de gérer en la personne du gérant. Or, comment le solvens pourrait-il avoir eu l'intention de gérer les affaires de la masse, alors que la masse, dans l'opinion couramment admise, n'existe qu'à partir du jour du jugement déclaratif (4) ?

43. — Impossibilité de recourir à la théorie de la faillite virtuelle.

L'objection a sans doute été aperçue, et les créanciers ont essayé de l'éviter. Etant donné que l'obstacle à leurs prétentions consistait dans la naissance postérieure de la masse par rapport à leurs débours, ils ont pensé qu'il suffisait, pour que cet obstacle disparût, de reporter en arrière la date de la naissance de la masse. La théorie dite de la faillite virtuelle leur offrait les arguments utiles pour étayer juridiquement leurs

(2) D. 93.I.599 ; J. F. 94.5.

(3) Dans le même sens, Com. Marseille, 4 déc. 1900, J. F. 01.329 ; 18 oct. 1905, J. F. 06.475 ; d'autres décisions ont invoqué le privilège du conservateur : Seine 4 juin 1869, Journ. Trib. Comm., Tome 19, page 6 ; Com. Marseille, 12 déc. 1892, J. F. 93.419.

(4) Dans l'hypothèse précise où des frais de procédure ont été engagés, on peut également faire valoir que le créancier qui les a exposés a agi dans son intérêt purement personnel, exclusif de l'application des règles de la gestion d'affaires (RIPERT et BOULANGER, Tome 11, n° 1213, *in fine*).

prétentions. On sait que, d'après cette théorie, le jugement déclaratif ne serait pas un élément nécessaire pour que la faillite existe. Par cela seul qu'il a cessé ses paiements, le commerçant serait en état de faillite ; la faillite serait un fait qui existerait par lui-même. Les créanciers ont déduit de là que la masse existait dès le jour où commençait à courir la période suspecte et que, par les avances qu'ils avaient consenties au failli au cours de cette période, ils avaient géré les affaires de la masse. Par un arrêt du 28 février 1888, la Cour de Cassation (1) a consacré leurs prétentions : elle a jugé qu'en payant une dette du débiteur et en gérant ainsi l'affaire du débiteur, le solvens avait géré l'affaire de la masse.

Pour séduisante qu'elle soit, la solution proposée par des créanciers habiles ne saurait être retenue. La théorie de la faillite virtuelle est ordinairement critiquée par la doctrine. En dépit de la contradiction dans les termes, le jugement déclaratif de faillite est « constitutif ». Le commerçant n'est failli que le jour où le tribunal de Commerce l'a déclaré tel et la masse ne naît qu'au jour où est intervenu le jugement de faillite.

Si la jurisprudence, il est vrai, accorde sa faveur à la théorie de la faillite virtuelle, on fera remarquer qu'elle refuse néanmoins d'en dégager ses plus extrêmes conséquences. A l'exception de l'arrêt de la Cour de Cassation de 1888, qui est resté isolé (2), il semble qu'elle n'ait jamais admis que la masse existât dès le jour où commençait à courir la période suspecte. En cela d'ailleurs la jurisprudence est logique avec elle-même. D'après la jurisprudence en effet, la naissance de la masse est liée au dessaisissement du failli ; or elle décide que la faillite virtuelle d'un commerçant n'entraîne pas son dessaisissement (3). La naissance de la masse ne peut résulter que du jugement déclaratif, puisque c'est lui qui déclenche le dessaisissement. C'est ce qu'a jugé un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 2 mai 1938 (4) ; il a refusé en conséquence au banquier, qui avait fait à une compagnie

43. (1) Civ. S. 90.I.535.
(2) Rapp. cependant Paris, 24 fév. 1889, Journ. Trib. Com. 1890.346 ; Nantes, 28 mars 1903, Jurisp. Nantes, 1903.I.337.
(3) Req. 24 juil. 1884, D. 84.I.455.
(4) G. P. 38.2.488, R. F. 38.620.

d'assurances un prêt destiné à lui permettre de payer une prime de réassurance et d'assurer ainsi la rentrée des primes dues, la qualité de gérant d'affaires de la masse.

Faute de pouvoir se présenter comme gérant d'affaires de la masse, des créanciers ont essayé, en invoquant le principe que « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » de rentrer dans l'intégralité de leurs avances. La masse retire en effet un profit certain des débours qui ont été effectués. On examinera quel accueil doit être réservé à cette nouvelle prétention des créanciers.

Section II

LE JEU DE L'ACTION « DE IN REM VERSO » DANS LA FAILLITE

44. — Rejet de principe de l'action « de in rem verso » exercée contre la masse par un créancier chirographaire du failli.

Le non-paiement intégral de sa créance incite naturellement tout créancier du failli à conclure que les avances et les fournitures qu'il a faites à ce dernier enrichissent d'autant l'actif de la masse en accroissant le dividende des autres créanciers. Sans se préoccuper de savoir s'il ne profite pas également des avances et fournitures des autres créanciers, ce créancier, par application du principe que « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui », a été tenté de demander compte à la masse de son enrichissement, pratiquement, de lui réclamer le remboursement intégral de sa créance par l'action *de in rem verso*.

Semblable prétention ne saurait cependant être retenue. L'équité, à elle seule, ne suffit pas à engendrer un droit et une obligation ; en tout cas, elle ne peut avoir pour résultat de faire échec à une réglementation légale. Dans leur désir de promouvoir l'équité, les particuliers ne peuvent substituer leurs vues à celles du législateur. La déclaration de faillite a pour conséquence ordinaire d'occasionner une perte aux créanciers du failli ; les règles de la faillite ont pour but de répartir cette perte entre tous les créanciers proportionnelle-

ment à leurs droits. Devant la règle de l'égalité, le principe que « nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui » doit fléchir. La satisfaction intégrale donnée à l'un des créanciers, sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause, aurait pour résultat de faire supporter aux autres créanciers une perte plus considérable que celle qu'ils doivent normalement supporter et consacrerait l'échec de la règle de l'égalité. L'introduction sans discernement de l'action *de in rem verso*, à raison de la force d'expansion du principe que « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui », conduirait à bouleverser l'ordre juridique établi par le législateur. Il faudrait redouter l'absorption des règles de la faillite par le principe de l'enrichissement sans cause (1) ; le danger n'a pas toujours été aperçu, même par ceux qui le dénonçaient (2).

Le recours au principe de l'enrichissement sans cause part d'ailleurs d'une confusion. Si un appauvrissement du créancier et un enrichissement corrélatif de la masse existent, cet appauvrissement et cet enrichissement sont de nature économique ; ils ne sont pas de nature juridique et ne peuvent être pris en considération par le Droit parce que les conditions de l'action *de in rem verso* ne sont pas remplies. Appauvrissement et enrichissement ne sont pas sans cause. L'enrichissement de la masse provient de ce que, du fait des avances et fournitures faites au débiteur, l'actif de celui-ci s'est trouvé accru ; or, la masse est fondée à profiter de cet accroissement en vertu de la règle qui affecte l'intégralité du patrimoine du failli, tel qu'il existe au jour du jugement déclaratif, au paiement de l'ensemble des créanciers. Quant à l'appauvrissement du créancier, il a une cause légale dans la règle qui impose à chacun des créanciers du failli, antérieurs au jugement déclaratif, la réduction au marc le franc du montant de sa créance (3).

Est-ce à dire que le refus de l'action *de in rem verso* méconnaît l'équité ? Nullement. Ou alors que l'on admette que la faillite est l'organisation légale de l'iniquité ; l'équité voudrait en effet que chaque créancier reçût intégralement son

44. — (1) SEBAG, *De l'Enrichissement sans cause dans la faillite*, R. G. D. C., 1938.435.

(2) SEBAG, article précité.

(3) Cf. motifs, Civ. 12 févr. 1923, D. 23.I.129.

dû. Il faut reconnaître que c'est encore satisfaire l'équité et la justice distributive que de chercher à faire supporter une situation inique par chacun des créanciers. Ce serait à vouloir faire échapper un créancier à ce sacrifice commun que consisterait l'iniquité.

Ces principes pourraient être illustrés par des arrêts nombreux de jurisprudence ; on citera, par exemple, un arrêt de la Chambre Civile du 20 mai 1930 (4). Un commerçant était sous-locataire de locaux où étaient exploités des débits de bière, moyennant des redevances qui lui étaient versées par les tenanciers. La résiliation de la location principale avait été prononcée et avait entraîné, par voie de conséquence, celle de la sous-location. Survint la liquidation judiciaire du sous-locataire. Le propriétaire prétendit que la masse s'était enrichie sans cause du montant des redevances perçues par le sous-locataire et agit contre la masse. La Cour de Cassation cassa l'arrêt de la Cour de Douai qui avait déclaré fondée son action ; elle en a donné pour motif « qu'en admettant que la créance des consorts H... fût née d'un enrichissement sans cause, elle était antérieure à la mise en liquidation de T... et, par suite, comprise dans la masse ; que les consorts H... ne pouvaient échapper à la loi de la répartition proportionnelle ; ...qu'ils n'étaient pas créanciers de la masse ; que cette masse ne pouvait être considérée comme obtenant à leur détriment un enrichissement sans cause ».

45. – Hypothèses où la solution est douteuse.

Si certains que soient les principes précédemment rappelés, la solution à apporter à certains cas-limites à propos desquels les faits semblent se révolter contre le Droit, mérite un examen plus approfondi.

Ainsi, un banquier dépositaire de titres commet un abus de dépôt et vend les titres qui lui avaient été confiés. Il est acquis que le prix qu'il a retiré de l'opération a été utilisé

(4) G. P. 30.2.51 ; Comp. Civ. 12 déc. 1923, D. 24.I.129 ; Req. 8 fév. 1928, J. F. 28.90 (répétition de l'indu) ; Civ. 6 mai 1930, J. F. 31.59 ; voir également : Req. 12 déc. 1899, D. 00.I.476 ; Civ. Cass. 28 avr. 1938, R. G. D. C. 1938, page 871, note HÉMARD, D. H. 38.356 ; Montpellier, 13 juin 1923, G. P. Tables, 1920-1925, V° Faillite, n° 173 ; Com. Saint-Etienne, 23 mars 1928, J. F. 29.69.

par lui au désintéressement de l'un de ses créanciers. Après faillite du banquier, le paiement effectué est annulé et le créancier contraint de restituer à la masse les sommes qu'il a touchées. Le dépositaire peut-il réclamer la restitution intégrale de cette somme en arguant que s'il était traité comme un créancier chirographaire et, comme tel, soumis à la règle commune de la production à la masse, celle-ci s'enrichirait de la différence entre le montant des sommes encaissées par elle et le montant des dividentes touchés par le déposant ?

Le doute quant à la solution provient de ce que, dans l'hypothèse envisagée comme dans d'autres analogues, l'enrichissement de la masse est déterminé et chiffrable et qu'il semble naître directement à son profit, postérieurement au jugement déclaratif et en dehors du patrimoine du failli. Le patrimoine du failli semble n'avoir tiré aucun profit de l'abus de dépôt réalisé, mais la masse, en revanche, paraît en tirer tout le bénéfice, puisque les sommes correspondant au prix de vente des titres, qui ne figuraient pas dans l'actif du failli au jour de la déclaration de faillite, viennent accroître directement l'actif de la masse. On a déduit de là (1) qu'étant donné que l'enrichissement naissait au profit de la masse postérieurement au jugement déclaratif, la dette qu'il engendrait était dette de la masse comme née de son chef. Autrement dit, la date de l'enrichissement serait seule déterminante de la solution à adopter, la date de l'appauvrissement ne serait pas de nature à la modifier. Certainement recevable au cas où l'appauvrissement serait postérieur au jugement (2), l'action *de in rem verso* le serait également au cas où l'appauvrissement serait antérieur au jugement.

Au surplus, a-t-on ajouté, aucune objection tirée du caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* ne pourrait être opposée à raison de la possibilité pour le créancier de réclamer comme créancier dans la masse le paiement de sa créance. D'un arrêt de la Chambre des Requêtes du

45. — (1) SEBAG, notamment, art. précité, page 440; CHÉRON, note au D. 34.2.1.

(2) SEBAG, précité, page 452; MAZEAUD, précité, Revue Critique, 1926.130. *Contra :* ROUSSEAU, note J. C. P. 1942.2.2000.

(3) S. 41.I.121, note ESMEIN; GORÉ, *L'Enrichissement injuste*, Thèse, Paris, 1945, page 153 de l'exemplaire dactylographié; BEGUET, *L'Enrichissement sans cause*, thèse, Alger, 1945, n° 152.

11 septembre 1940 (3), il résulte en effet que l'existence d'une action contractuelle, inefficace à raison de l'insolvabilité du débiteur, n'est pas un obstacle à l'exercice de l'action *de in rem verso* contre un tiers.

46. — Maintien du principe du rejet de l'action « de in rem verso » dans les hypothèses envisagées.

Les auteurs qui ont suggéré dans ces hypothèses-limites l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause ont été victimes d'illusion. L'action *de in rem verso* doit y être déclarée irrecevable, soit parce que la masse ne réalise aucun enrichissement, soit parce que l'enrichissement a été en réalité réalisé par le failli et que la masse n'en profite qu'en qualité d'ayant-cause du failli.

I. — *Première série d'hypothèses : l'action* de in rem verso *est irrecevable en l'absence d'enrichissement de la masse.*

a) Lorsque le commerçant futur failli a vendu l'un de ses immeubles et que la vente est annulée par application de l'article 447 du Code de Commerce par exemple, l'acheteur, tenu de restituer l'immeuble, a droit au remboursement du prix d'achat, et au remboursement des impenses qu'il a pu effectuer sur l'immeuble. On a prétendu (1) qu'il pouvait agir contre la masse par le moyen de l'action *de in rem verso* pour obtenir le remboursement intégral tant du prix que des impenses. On examinera seulement ici cette opinion en tant qu'elle vise à reconnaître à l'acquéreur le droit à la restitution intégrale du prix.

On éliminera tout de suite le cas où le prix aurait été versé au vendeur ; l'incertitude et, en tout cas, l'interdémination de l'enrichissement de la masse, seront le plus souvent un obstacle invincible à la recevabilité de l'action. Il se pourrait cependant, soutient-on, que l'enrichissement de la masse fût certain, l'action serait alors possible ; il en serait ainsi, lorsque l'acquéreur, au lieu de verser son prix d'achat au vendeur, aurait désintéressé l'un des créanciers de celui-ci. On cite même un arrêt de la Cour de Cassation du

46. — (1) SÉBAG, précité, page 450.

21 juillet 1924 (2) qui aurait fait droit à la prétention de l'acheteur.

b) De même, lorsque le détenteur de la chose d'autrui, un banquier dépositaire de titres par exemple, trahissant la confiance qui avait été placée en lui, remet en gage l'objet qu'il détient et qu'à la suite de sa déclaration de faillite, le créancier gagiste réalise le gage, on a soutenu (3) que le propriétaire abusé pourrait agir *de in rem verso* contre la masse. La masse s'enrichirait injustement au préjudice du propriétaire des titres de la somme provenant de la vente des titres puisque ceux-ci, alors qu'ils ne faisaient pas partie de l'actif du commerçant, auraient servi à payer une partie du passif.

A la vérité, dans les deux hypothèses envisagées, on peut douter un instant de la solution à adopter car un enrichissement pour la masse existe ; et il semble naître directement à son profit.

A la réflexion, il n'y a là qu'illusion ; on peut se montrer surpris que la théorie de l'enrichissement sans cause ait été invoquée car on cherche en vain l'enrichissement de la masse.

Au cas d'annulation de la vente de l'immeuble, si l'on admet que l'acquéreur possède au moins le droit de produire à la masse, celle-ci ne réalise aucun enrichissement. Tout se ramène en effet à une substitution de l'acquéreur au créancier désintéressé par lui ; le créancier désintéressé ne produit plus mais l'acquéreur produit pour une créance équivalente à celle qu'aurait fait valoir le créancier. Pour la masse, le résultat est le même (4).

(2) J. F. 1924.177.

(3) Sic CHÉRON, note au D. 34.2.1 ; SÉBAG, *op. cit.*, page 447 ; comp. Tours, 17 juin 1932, S. 32.2.183.

(4) Plutôt d'ailleurs que d'invoquer l'action *de in rem verso* irrecevable en l'occurrence, l'acheteur trouverait dans le droit de rétention un moyen bien plus efficace d'obtenir, en toutes hypothèses, la restitution de son prix. L'annulation d'un contrat synallagmatique rend en effet simultanément exigibles les restitutions dues par les parties et chaque partie est fondée à retenir ce qu'elle a reçu, jusqu'à ce qu'on lui ait rendu ce qu'elle a donné (CASSIN, *De l'exceptio non adimpleti contractus*, Thèse, Paris, 1914, page 163 ; Civ. 17 déc. 1928, D. H. 29.52). Mais la jurisprudence (cf. arrêts cités par VOUIN, *La Bonne foi*, Thèse, Bordeaux, 1939, page 332, note 153), malgré l'avis contraire de la doctrine, subordonne l'existence du droit de rétention à la bonne foi du retenteur, analysée en l'occurrence comme l'absence de connaissance qu'aurait eue le retenteur de la menace de destruction qui pesait sur son titre au moment

On aboutit à la même constatation au cas de mise en gage de l'objet d'autrui par un détenteur, un banquier dépositaire de titres par exemple. Si en effet le créancier gagiste qui normalement aurait produit comme chirographaire, ne produit pas, le propriétaire dépossédé fait en revanche valoir sa créance en remboursement contre la faillite (5) ; il est substitué au créancier gagiste. Seul, en définitive, le créancier gagiste est avantagé mais son enrichissement n'est pas injuste puisqu'il a sa cause dans le contrat de gage.

Rationnellement d'ailleurs, on ne concevrait pas qu'un traitement différent fût appliqué au déposant suivant que les titres déposés auraient été mis en gage, ou suivant qu'ils auraient été aliénés par le failli qui en aurait touché le prix avant la déclaration de faillite. La jurisprudence et la doctrine admettent que, dans ce dernier cas, le déposant est créancier dans la masse ; la même solution doit être adoptée lorsque, au lieu de vendre les objets qu'on lui avait remis à titre précaire, le failli les a remis en gage. La conservation par le propriétaire de son droit — tout théorique — de propriété au cas de mise en gage est sans influence. Dans l'un et l'autre cas, le déposant a la seule ressource de se prévaloir de la créance née à son profit de l'inexécution par le dépositaire de l'obligation de restitution qui lui incombait et qui résultait du contrat de dépôt. Cette créance de dommages-intérêts — comme toute créance née de l'inexécution par le failli de ses obligations contractuelles (6) — est une créance dans la masse, payable au marc le franc.

Au surplus, ces solutions seules sont en réalité celles de la jurisprudence. Par arrêt du 20 juillet 1939, la Chambre des requêtes (7) a rejeté l'action *de in rem verso* exercée par le déposant au cas de mise en gage de l'objet déposé par le dépositaire ; elle en a donné pour motif que « la masse n'avait

où il a contracté. Or, dans l'hypothèse envisagée au texte, l'acheteur n'est pas de bonne foi au sens ici considéré ; son acquisition n'a été annulée que parce qu'il connaissait la cessation des paiements de son vendeur : il connaissait donc le vice qui infectait son titre (Voir cependant Trib. Civ. Seine, 12 oct. 1932, G. P. 32.2.940).

(5) En ce sens, CHÉRON, D. 44.J.67, col. 2, qui a abandonné le point de vue soutenu au D. 34.2.1.

(6) Req. 2 avril 1941, D. 44.J.43.

(7) G. P. 40.I.74 ; rapp. Civ 28 juillet 1941, D. A. 42.J.51.

tiré aucun profit direct ou indirect de la violation du dépôt, le paiement de la créance du créancier gagiste qui en est résulté à concurrence du produit de la réalisation des titres ayant sa contrepartie dans l'obligation de rembourser au déposant la valeur du dépôt » (8).

A tort d'ailleurs a-t-on invoqué l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 juillet 1924 (9) comme ayant consacré les prétentions de l'acquéreur au cas d'annulation de la vente. Le précédent jurisprudentiel, que l'on prétend qu'il constitue, n'existe pas. De la lecture de l'arrêt il résulte en effet que l'acheteur avait désintéressé le vendeur de son vendeur. Si l'acheteur a pu réclamer à la masse l'intégralité du prix d'adjudication de l'immeuble, la raison en est, aux termes mêmes de l'arrêt, qu'il « a exercé par préférence les droits qu'il tenait de sa subrogation dans le privilège des vendeurs originaires sur le prix d'adjudication ». Pour le surplus de sa créance, loin d'admettre qu'il pût exercer l'action *de in rem verso* contre la masse, la Cour a jugé qu'il restait à l'acheteur « la ressource de produire à la faillite et d'y venir au marc le franc ». Où se trouve l'application faite de la théorie de l'enrichissement sans cause ?

II. — *Deuxième série d'hypothèses : l'action* de in rem verso *est irrecevable contre la masse parce que l'enrichissement a été en réalité réalisé par le failli et non par la masse.*

a) A la suite d'un prêt qui lui est consenti, l'emprunteur invite le prêteur à désintéresser un créancier privilégié ou un créancier chirographaire et l'on suppose, dans ce dernier cas, que le paiement est annulé (10 et 11). Survient la faillite du

(8) On sait par ailleurs que vainement en l'occurrence le déposant chercherait à invoquer la responsabilité délictuelle ou contractuelle de la masse.

(9) J. P. 1924.177.

(10) On aurait pu également envisager le cas où le prêteur aurait remis les sommes prêtées au commerçant lui-même : il suffirait qu'il fût acquis en fait, de façon certaine, que le prêt a effectivement été utilisé au désintéressement du créancier.

(11) L'indication de paiement — à la différence de la délégation parfaite — ne tombe pas sous le coup de l'article 446 (*contra* : Civ. 24 juin 1918, S. 21.I.65, note Bourcart ; Paris, 11 juillet 1932, G. P. 32.2.433), mais, comme la délégation imparfaite, elle tombe sous le coup de l'article 447 (Chambéry, 9 août 1909, cité par Bourcart, S. 21.I.65 ; Lyon, 31 oct. 1901,

commerçant. Le créancier privilégié désintéressé n'a plus à faire valoir sa créance. Si l'on n'accorde pas au prêteur d'autre droit que celui de produire à la masse, la masse s'enrichit, a-t-on prétendu, de la différence entre le montant de la créance du créancier privilégié et le montant du dividende touché par le prêteur. Si le créancier désintéressé est un créancier chirographaire et si le paiement à lui effectué est annulé (12), le résultat serait identique puisque l'actif de la masse bénéficie de l'intégralité des sommes prêtées, restituées par le créancier, tandis que le prêteur, astreint à produire, ne touche qu'une quote-part de sa créance.

En définitive, que le créancier désintéressé soit un créancier privilégié ou un créancier chirographaire, le prêteur se trouve dans la même situation. Récemment encore on lui suggérait d'agir par l'action *de in rem verso* (13).

b) L'application des principes de l'enrichissement sans cause a été suggérée également au cas où l'acquéreur d'un bien, tenu à le restituer à la masse de la faillite du vendeur, à la suite de l'annulation de la vente par application de l'article 447, aurait effectué des impenses sur ce bien (14). L'acquéreur pourrait réclamer à la masse le remboursement intégral de ses impenses par l'action *de in rem verso* : l'hypothèse paraît particulièrement favorable, puisque le droit au remboursement des impenses s'explique par le souci d'éviter un injuste enrichissement.

Si, dans les deux hypothèses envisagées, à la différence des précédentes, l'enrichissement de la masse existe, l'action *de in rem verso* n'en est pas moins irrecevable. L'enrichisse-

J. F. 08, page 406 ; Trib. Com. Menton, 4 nov. 1936, G. P. 37.I.257 ; Rennes, 24 juil. 1939, Rec. Rennes, 30.566 ; Cass. Req. 11 juil. 1945, S. Chronique bimensuelle 1945, page 51.

(12) Si le paiement est valable, l'enrichissement de la masse est inexistant car si le créancier chirographaire désintéressé ne produit pas, le prêteur produit pour une somme équivalente. Pour la masse, le résultat est le même.

(13) Note anonyme à la *Revue des Faillites* 1939.315 ; un jugement du Tribunal de Commerce de Tours du 17 juin 1932, S. 32.2.183 pourrait également être invoqué en ce sens.

(14) Sébag, *op. cit.*, page 439 et 451 ; rapp. Trib. Civ. Bordeaux, 1er août 1890 (Journal des arrêts de la Cour de Bordeaux, 1890.2.85) rendu dans l'hypothèse d'annulation d'une cession de police d'assurance sur la vie. Le cessionnaire, qui avait payé les primes et augmenté la valeur de rachat de la police, a été autorisé à réclamer à la masse le remboursement intégral de la somme dont il avait augmenté la valeur de la police.

ment de la masse en effet n'est pas sans cause ; au cas de prêt, il a sa cause dans l'acte juridique de prêt ; au cas de prêt, comme au cas d'impenses, le patrimoine de la masse n'est pas enrichi à titre direct et immédiat. C'est à la suite d'un examen superficiel qu'on a pu soutenir que l'enrichissement naissait directement à son profit. L'avantage réalisé par la masse a été, en réalité, réalisé par le débiteur. La masse n'en bénéficie que comme ayant cause du failli, en vertu de la règle légale qui affecte l'intégralité des biens du débiteur au paiement de ses créanciers.

Parmi ces biens figurent les sommes mises par le prêteur à la disposition du commerçant ; de même y figure le bien aliéné par le failli, car, à la suite de l'annulation de la vente, le failli est censé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire : en conséquence, les impenses faites par l'acquéreur ont, en réalité, enrichi le patrimoine du débiteur avant d'enrichir la masse et la créance de l'acquéreur en remboursement est censée née le jour où les impenses ont été faites et non pas le jour de l'annulation. Antérieure à la mise en faillite du commerçant, la créance du prêteur ou de l'acheteur est une créance dans la masse. L'antériorité de leur appauvrissement par rapport au jugement déclaratif entraîne l'application de la loi de l'égalité. Si l'on a pu douter de la solution, la raison en est que la qualité de tiers reconnue avec raison à la masse en certaines occasions, a été abusivement invoquée, en l'espèce, au point de faire illusion. En tant que la masse exerce son droit d'exécution collective sur l'ensemble du patrimoine du failli, la masse n'est pas un tiers par rapport au failli ; elle est son ayant cause. La terminologie couramment utilisée par les auteurs — à condition de n'en point exagérer la portée — rend bien compte de cette idée lorsqu'ils écrivent que le patrimoine du failli devient, par le jugement déclaratif, le patrimoine de la masse.

Au cas de prêt, le traitement différent accordé à deux prêteurs dont l'un serait créancier de la masse parce qu'il aurait pu faire la preuve de l'utilisation des deniers et dont l'autre serait créancier dans la masse parce que des circonstances fortuites l'auraient empêché de faire cette preuve, ne peut trouver aucune justification. L'un et l'autre ont fait crédit au commerçant ; ils ont subordonné leur paiement au

succès de ses opérations commerciales. Il est juste que, l'un comme l'autre, ils soient soumis à la règle commune du paiement au marc le franc. C'est au surplus la solution qu'a consacrée un arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 février 1909 (15) qui a refusé d'accueillir l'action *de in rem verso* intentée contre la masse par un prêteur pour le motif que le prêteur n'avait fait « que remplir une obligation qu'il avait contractée... ; qu'il était dans une situation identique à celle des autres créanciers et ne pouvait se prévaloir d'aucun droit de préférence » (16).

Section III

L'EFFET D'UNE NOUVELLE FAILLITE DU DEBITEUR SUR LA QUALITE DE CREANCIER DE LA MASSE D'UNE FAILLITE ANTERIEURE

47. - Prétentions des créanciers de la première masse.

Au cas de nouvelle faillite du débiteur, les créanciers de la masse d'une première faillite, close par concordat, ont prétendu avoir droit à un traitement préférentiel. Ils n'ont pas été cependant jusqu'à prétendre primer les nouveaux créanciers ; ils ne sont pas en effet créanciers de la deuxième masse ; mais ils ont soutenu qu'ils étaient fondés à prélever sur les dividendes qui seraient versés aux anciens créanciers les sommes nécessaires à leur désintéressement.

La Cour de Cassation a fait justice de leurs prétentions et, par arrêt de la Chambre Civile du 30 janvier 1939, elle a jugé

(15) S. 1911.I.313, note Bourcart ; rapp. Civ. 27 avr. 1906, S. 10.I.70.

(16) En vain, pour obtenir le remboursement de sa créance, et sauf hypothèses exceptionnelles (cf. *supra*, page 80), le prêteur invoquerait-il le privilège du conservateur (Paris, 2 mai 1900, J. F. 00.248). Lorsque le créancier désintéressé est un créancier privilégié, le prêteur ne pourrait avec plus de succès se prétendre subrogé dans le privilège de ce dernier. La subrogation légale lui est refusée, puisqu'il n'était pas tenu avec d'autres ou pour d'autres (Civ. 3 juil. 1918, J. F. 19.5 ; Com. Seine, 12 juin 1933 et Civ. 27 fév. 1939, R. F. 39.309 ; *Contra :* Paris, 18 janv. 1909, R. F. 39.309) et il ne remplit pas les conditions de la subrogation conventionnelle (Com. Nantes, 10 mars 1906, J. F. 06.518 ; Com. St-Etienne, 4 mai 1921, J. F. 21.265 ; *Contra :* Alger, 23 fév. 1892, D. 83.2.544).

que « les créanciers de la masse » de la première faillite étaient « créanciers dans la masse » de la deuxième faillite (1). Il faut l'approuver.

48. — Rejet des prétentions des créanciers de la première masse.

A l'égard en effet des créanciers composant la masse de la première faillite, le droit de préférence des créanciers de la masse s'est éteint le jour de l'homologation du concordat et la nouvelle déclaration de faillite du débiteur ne le fait pas revivre. Il découlait de l'existence de la personnalité morale de la masse ; la disparition de la masse, à la suite de l'homologation du concordat, a entraîné automatiquement et définitivement son extinction. Le débiteur en effet a succédé à la masse ; il a repris la libre gestion de son patrimoine ; il assume désormais la charge des dettes de la masse. Créanciers dans la masse pour le paiement de leurs dividendes concordataires et créanciers de la masse sont créanciers chirographaires du débiteur, au même titre que les créanciers envers lesquels le débiteur s'est engagé postérieurement à l'homologation du concordat. Tous n'ont pour gage que le patrimoine du débiteur. Au cas de faillite de celui-ci, ils doivent venir en concours et sont créanciers dans la masse de la nouvelle faillite. Le principe de l'égalité le veut ainsi (1).

Vainement les créanciers de la masse prétendraient-ils que la nouvelle déclaration de faillite du débiteur aurait pour effet de ressusciter leur droit de préférence, sous le prétexte que celle-ci aurait entraîné la résolution du concordat et la réouverture rétroactive de la première faillite. Sans doute admet-on qu'à la suite de la résolution judiciaire du concordat, poursuivie à titre principal, le droit de préférence des créanciers de la masse reprend vie (2). Mais la caducité du concordat résultant, à titre incident, de l'ouverture d'une nouvelle déclaration de faillite, produit des effets moins complets que

47. — (1) D. 40.I.25, note DE LA GRANGE ; S. 41.I.177, note LESCOT, R. F. 1939.407 ; rapp. Civ. 23 avril 1947, J. C. P. 1947.2.3652.

48. — (1) Le jugement du Trib. Com. Seine du 1er juin 1935 (R. F. 39.407) rendu dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de Cass. du 30 janv. 1939 l'invoquait expressément.

(2) Paris, 8 mai 1928, G. P. 28.2.284.

la résolution judiciaire du concordat prononcée à titre principal. Ainsi que l'on a déjà eu l'occasion de l'indiquer (3), l'utilisation du terme « résolution » utilisé pour marquer l'effet de la nouvelle déclaration de faillite sur le concordat, a fait illusion. Il eût été plus exact de prétendre que l'ouverture de la seconde faillite, entraînant le dessaisissement du débiteur, faisait obstacle à l'exécution des contrats passés par le failli, et que, parmi ces contrats, figurait le concordat, sans que, pour autant, la réouverture de la première faillite et la résurrection de la première masse en découlent. Il ne peut par ailleurs être question de confondre la masse de la deuxième faillite avec la masse de la première : la masse de la deuxième faillite constitue en effet une personne morale distincte de la première. En conséquence, faute pour la première masse de revivre, les droits des créanciers de la masse ne peuvent davantage reprendre vie.

Au demeurant, la situation des créanciers de la masse est en tous points identique à celle des créanciers d'un *de cujus* dont la succession a été acceptée purement et simplement. Il faut y apporter le même règlement. Patrimoine du défunt et patrimoine de l'héritier sont confondus et, sur cet ensemble de biens, créanciers du défunt et créanciers de l'héritier viennent en concours. Mais, alors que la loi (article 876 Code Civil) autorise les créanciers du défunt à demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, au cas où le patrimoine de l'héritier serait insolvable, elle n'accorde pas une faculté semblable aux créanciers de la masse à l'encontre des créanciers concordataires du débiteur et de ses nouveaux créanciers. A juste raison, d'ailleurs. Toute préférence accordée dans la nouvelle faillite du débiteur aux créanciers de la masse de la première faillite constituerait une entrave à l'octroi de crédits au débiteur concordataire. Les prêteurs éventuels seraient rendus méfiants par la crainte d'être préférés, au cas de nouvelle faillite, par les créanciers de la masse de la précédente faillite, dont ils ignorent l'existence. Or, plutôt que le crédit de la masse de la première faillite, il faut favoriser le crédit du débiteur

(3) Cf. *supra*, page 88.

concordataire dont il importe d'assurer le relèvement. La règle de l'égalité apparaît, une fois de plus, comme une règle de crédit. Au surplus, les créanciers de la masse ont eu le tort de ne pas poursuivre l'exécution de leur créance dès l'homologation du concordat, voire avant celle-ci.

On insiste cependant. Un auteur (4) a proposé de conserver aux créanciers de la masse leur rang de faveur sur les biens composant l'actif de l'ancienne faillite lorsque ceux-ci pourraient facilement être reconnus entre les mains du débiteur. A l'objection qui vient immédiatement à l'esprit et d'après laquelle la suggestion faite conduit à traiter les biens de l'ancienne masse comme une universalité de droit qui survivrait entre les mains du failli, distincte de son patrimoine propre, cet auteur a répondu par avance que l'originalité et l'autonomie des institutions du droit commercial, leur but pratique justifiaient la dérogation apportée aux principes du droit commun.

A la vérité, si l'objection présentée est pertinente, la réfutation qui y est apportée l'est moins. L'originalité du droit commercial, son caractère pratique ne sauraient faire figure de panacée universelle destinée à justifier les dérogations apportées de son propre mouvement par le juge à des principes essentiels. Or, le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine s'oppose, en principe, en droit commercial comme en droit civil, à ce que, en dehors des prévisions d'une règle de droit, le patrimoine d'une personne puisse être scindé en plusieurs fractions. En l'absence d'un tel texte, la suggestion faite doit être repoussée ; on ne peut l'accueillir, pas plus que l'on ne pourrait songer à reconnaître aux créanciers du défunt, qui auraient perdu le droit de demander la séparation des patrimoines, la possibilité d'écarter les créanciers de l'héritier, sous le prétexte que les biens du défunt pourraient être reconnus entre les mains de l'héritier.

(4) DE LA GRANGE, note précitée. La même opinion est en germe dans PERCEROU et DESSERTEAUX, page 600, note 1, *in fine*.

CHAPITRE IV

LES EFFORTS DES CRÉANCIERS ANTÉRIEURS AU JUGEMENT DÉCLARATIF EN VUE DE SE FAIRE RECONNAITRE LA QUALITÉ DE CRÉANCIERS POSTÉRIEURS AU JUGEMENT DÉCLARATIF

49. Solution de la jurisprudence à l'égard des créanciers de dommages-intérêts délictuels.

En cas de concordat, pour échapper à la loi de l'égalité, des créanciers — les créanciers de dommages-intérêts délictuels — ont tiré argument de la solution de la jurisprudence de la Cour de Cassation et d'après laquelle la créance de dommages-intérêts délictuels ne naît que du jour du jugement qui la constate ; ils en ont déduit, lorsque le jugement de condamnation relatif à un dommage antérieur à la déclaration de faillite intervient après le jugement déclaratif de faillite, que leur créance n'était pas soumise au concordat. Le concordat n'est opposable en effet qu'aux créanciers dont la créance est née postérieurement au jour du jugement déclaratif.

La thèse des créanciers de dommages-intérêts délictuels était d'ailleurs à double tranchant. Avantageuse au cas de concordat, elle leur était défavorable au cas d'union ; hors la masse, les créanciers délictuels n'avaient aucun droit à participer aux répartitions (1).

49. — (1) Cette rigueur est atténuée lorsque le failli était assuré contre le dommage ; la victime peut exercer l'action directe contre l'assureur en paiement de l'indemnité d'assurance (art. 53, loi du 13 juillet 1930)

Si la jurisprudence de la Cour de Cassation n'a pas eu l'occasion d'affirmer cette deuxième conséquence de la thèse des créanciers délictuels, elle a consacré leurs prétentions au cas de concordat (2).

On avait même soutenu (3), sur la foi de deux arrêts (4), que la Chambre Civile adoptait une solution identique en ce qui concernait les créanciers de dommages-intérêts contractuels. Mais, par deux récents arrêts des 6 décembre 1937 (5) et 2 avril 1941 (6), la Cour de Cassation a rejeté cette extension. Les motifs du second arrêt ne peuvent laisser place au doute : « Attendu — y lit-on — que si la créance en paiement d'une indemnité délictuelle ou quasi délictuelle n'est soumise à la loi du concordat — le fait qui lui donne naissance se fût-il produit avant la faillite ou la liquidation judiciaire — que si une décision de justice en a constaté l'existence et fixé le quantum antérieurement à cette époque, il en est autrement de la créance de dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle... ».

50. Critique de la jurisprudence.

Même ainsi restreinte aux créanciers de dommages-intérêts délictuels, la jurisprudence qui juge leur créance non soumise au concordat dans la mesure où le jugement de condamnation intervient après le jugement déclaratif, ou qui, si la question

(2) Req. 19 janv. 1898, S. 99.I.5 ; Req. 11 avr. 1907, S. 1907.I.432.

(3) Morel, *Des dommages-intérêts dus par un commerçant spécialement en raison d'un délit ou d'un quasi-délit antérieur à sa faillite ou à sa liquidation judiciaire*, R. F. 37.345.

(4) Civ. 6 juil. 1857, D. 57.I.440 ; Civ. 20 janv. 1932, S. 32.I.105.

(5) Req. D. C. 1944.J.43, note Chéron.

Un arrêt de la Chambre civile du 2 déc. 1947 (J. C. P. 1948.2.4269, note J. Becqué) semble, il est vrai, abandonner cette position. Il rejoint à propos d'une hypothèse presque analogue, la solution qu'avait adoptée la Cour de Cassation par l'arrêt du 20 janv. 19392 (cf. *supra* note 4). L'arrêt déclare le concordat applicable à la créance résultant de la faute commise dans l'exécution d'un mandat, cette créance n'ayant été reconnue que par une décision de justice postérieure à l'homologation du concordat Toutefois le soin avec lequel les juges du fond et la Cour de Cassation ont relevé l'existence d'une faute lourde à la charge du mandataire-débiteur failli permet de se demander dans quelle mesure celle-ci n'impliquait pas une responsabilité délictuelle, or on sait que la Cour de Cassation soustrait à la loi du concordat les créances de dommages-intérêts délictuels dont l'existence n'a été reconnue qu'après la déclaration de faillite.

(6) Chambre des Requêtes, D. C. 1944, J. 43, note Chéron.

lui était soumise, exclurait logiquement les créanciers délictuels de toute répartition, se heurte à d'insurmontables objections.

Les auteurs ne lui ont pas ménagé leurs critiques (1) ; leurs arguments sont trop connus pour qu'il faille y insister. Seul, d'ailleurs, le point de vue de l'égalité entre les créanciers nous intéresse ; or, l'égalité n'est pas ici respectée. L'inexactitude du principe dont part la jurisprudence en est la cause.

La créance de dommages-intérêts délictuels en effet ne naît pas au jour du jugement qui la constate, mais au jour du dommage (2). Dès ce jour, la victime a un droit subjectif à réparation qui constitue sa créance. Si ce jour est antérieur au jugement déclaratif, le créancier fait partie de la masse ; sa créance est soumise au concordat ou lui donne droit aux répartitions effectuées à la suite de l'union. La solution de la jurisprudence au cas de concordat, celle qu'elle serait appelée à donner au cas d'union, rompent l'égalité entre les créanciers. Au cas de concordat, elle fait échapper les créanciers délictuels aux remises et aux délais subis par les autres créanciers ; au cas d'union, elle les prive de toute part dans l'actif. Or, au point de vue des faits et de l'équité, rien ne justifie l'application d'un traitement différent aux créanciers de dommages-intérêts délictuels et aux autres créanciers, en particulier aux créanciers de dommages-intérêts contractuels. On peut d'ailleurs se demander si la Cour de Cassation maintiendrait ces solutions si elle était à nouveau saisie de la question. On peut en douter depuis qu'aux motifs d'un arrêt du 15 juillet 1943, la Chambre des Requêtes a jugé que « le droit pour la victime d'un délit ou d'un quasi délit existe dès que le dommage a été causé. » (3).

50. — (1) J. MAZEAUD, note sous Seine, 16 juillet 1947, J. C. P. 1947.2.3791. Le président PÉAN cependant approuve la jurisprudence (note J. C. P. 1943.2.2096, sous Req. 2 avril 1941).

(2) En ce sens, Seine, 16 juillet 1947, précité.

(3) J. C. P. 1943.2.2500.

C'est seulement là la sanction admise expressément par la Cour de Cassation en matière d'accidents du travail (Civ. 15 mars 1937, Rev. gén. ass. terrest., 1937.560, note ROUAST). C'est également la solution qu'adopte le Conseil d'Etat (C. E. 13 juin 1928, 21 mars 1947, 2 arrêts)

TITRE QUATRIÈME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE QUANT AUX BIENS

51. — Méfiance du droit français à l'égard des théories allemandes sur les patrimoines d'affectation. — Application à la fortune de mer.

Par égalité quant aux biens, il faut entendre qu'un créancier ou un groupe de créanciers ne peuvent fragmenter le patrimoine du failli et prétendre exercer leur paiement sur une masse déterminée de biens du failli, à l'exclusion des autres créanciers. Tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations. L'indivisibilité du droit de gage établi au profit des créanciers par l'article 2093 du Code Civil est un corollaire de l'indivisibilité du patrimoine ; elle est la condition de la mise en jeu du principe de l'égalité.

Aussi, le droit français n'a-t-il accueilli qu'avec méfiance à titre exceptionnel les théories germaniques dont von Brinz fut l'inspirateur (1), et qui remportèrent, surtout à la fin du XIX^e^ siècle, un vif succès en Allemagne, au moins dans la doctrine (2). D'après ces théories, au sein du patrimoine d'une personne, peuvent figurer des patrimoines spécialisés ou patrimoines d'affectation (Sondervermögen ou Zweckvermögen) constitutifs d'universalités de droit : le fonds de commerce par exemple constituerait l'un de ces patrimoines. Ces

51. — (1) *Lehrbuch der Pandekten*, Tome I (1884), § 59-60 et Tome 3 (1886) § 432 et 446.

(2) BEKKER, *System des Heutigen Pandektenrechts*, Tome 1 (1886), § 77 et 78 ; RUMELEIN, *Zweckvermögen und genossenschaft* (1892) ; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Tome I (1896), § 77 et 78.

patrimoines sont formés d'un passif et d'un actif propres indissolublement liés. Seuls les créanciers dont le droit est né à l'occasion de ce patrimoine ont action sur lui, mais ils n'ont action que sur ce patrimoine ; ils n'ont aucun droit sur les biens composant les autres patrimoines du débiteur.

Au cas de faillite du titulaire commun de ces multiples patrimoines, ces théories se heurtent à une objection fondamentale. La liquidation parallèle des patrimoines, à raison de la non-immixtion des créanciers d'une masse dans une autre, aboutit à l'établissement inévitable d'un traitement inégal entre les créanciers.

Des auteurs français (3) ont tenté néanmoins d'introduire en France les théories germaniques ; ils ont même cru en trouver la consécration en droit positif français, par exemple dans les dispositions de l'article 216 du C. Com. relatives à l'abandon en matière maritime (4).

On sait que, par l'abandon de la fortune de mer, c'est-à-dire du navire et du fret, l'armateur, notamment au cas de faillite, peut « s'affranchir des obligations » qui résultent pour lui des délits du capitaine ou des contrats passés par celui-ci. Les créanciers abandonnataires peuvent alors se saisir de la fortune de mer sans avoir à subir le concours des créanciers terrestres; ils ne peuvent, en revanche, disputer aux créanciers terrestres la fortune de terre.

Pour la doctrine allemande et pour les auteurs qui, en France, s'en sont fait l'écho, la fortune de mer constituerait un patrimoine d'exécution indépendant, ou, pour s'exprimer autrement, la responsabilité de l'armateur serait une responsabilité réelle dont il serait tenu comme propriétaire du navire.

En France, les efforts accomplis par certains pour introduire sur ce point les théories allemandes n'ont pas abouti. La conception germanique de la responsabilité réelle appliquée à l'abandon heurte les conceptions françaises où la responsabilité

(3) PLASTARA, *La notion juridique de patrimoine*, Thèse, Paris, 1903; GAZIN, *Essai Critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Dijon, 1910.

(4) BONNECASE, *Traité de Droit Commercial Maritime*, 1923, n° 442 et s.; GARY, *Les Notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Thèse Bordeaux, 1931, page 190 ; MIRKOVITCH, *Navire et Patrimoine de mer* Thèse, Bordeaux, 1932, page 275 et s.

personnelle est la règle. Loin d'être une hypothèse de responsabilité réelle, l'article 216 du Code de Commerce n'est qu'une application de l'article 1384 du Code Civil ; l'armateur est responsable personnellement des faits du capitaine et l'article 216 lui offre seulement la possibilité de limiter sa responsabilité (5). Du même coup, s'évanouit la conception qui fait de la fortune de mer un patrimoine d'exécution indépendant, une universalité.

Le patrimoine de mer ne correspondait d'ailleurs qu'imparfaitement à la notion de patrimoine d'affectation. Le cloisonnement entre la fortune de mer et la fortune de terre n'était pas étanche. Alors qu'en aucun cas en effet les créanciers abandonnataires de l'armateur en faillite ne peuvent se payer sur la fortune de terre, les créanciers terrestres peuvent saisir l'excédent du patrimoine de mer resté libre après règlement de l'abandonnataire. L'idée de responsabilité personnelle limitée de l'armateur permet seule d'expliquer cette solution.

Le rejet de la notion de patrimoine d'affectation n'entraîne pas pour autant, d'ailleurs, le rejet de la préférence des créanciers abandonnataires sur la fortune de mer. Là où l'on avait cru découvrir l'existence de patrimoines indépendants, la doctrine dominante se borne à voir l'existence de privilèges. Créanciers abandonnataires sur la fortune de mer, créanciers terrestres sur la fortune de terre, sont des créanciers privilégiés (6). Au point de vue pratique en conséquence, les résultats auxquels conduisaient les théories allemandes sont les mêmes que ceux auxquels parviennent, en France, le Code et la jurisprudence. Seuls l'explication et le procédé technique utilisé pour y parvenir sont différents.

Ainsi, à la règle de l'article 2093 d'après laquelle « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers », et qui conditionne l'application de la règle de l'égalité, il n'existe, en principe, que l'exception prévue par l'article 2093 lui-même et qui découle de l'existence entre les créanciers de « causes légitimes de préférence ».

(5) HAMEL, *Cours de Droit Maritime*, 1945-1946, page 134. RIPERT, *Traité de Droit Maritime*, Tome 2, 1929, n° 1228 et s.

(6) RIPERT, *Traité de Droit Maritime*, Tome 2, n° 1326.

52. — Composition de l'actif du failli. — Rappel.

Brièvement, on rappellera quels biens composent l'actif de la masse et constituent l'assiette du principe de l'égalité.

Les biens du failli s'entendent de tous les biens dont le failli est propriétaire au jour de la clôture de l'union (1). On y comprend les biens dont il était déjà propriétaire au jour du jugement déclaratif ; ceux dont il est devenu propriétaire depuis cette date et avant la clôture de l'union ; ceux dont il a recouvré la propriété, au moins à l'égard de la masse, à la suite de l'annulation — fondée sur les articles 446 et 447 du C. Com. ou 1167 du C. Civ. — des aliénations dont ils avaient été l'objet.

A la règle ainsi posée, les art. 576 et 577 C. Com. apportent une double exception, en permettant au vendeur d'effets mobiliers de revendiquer les marchandises expédiées au failli tant que la tradition n'en a point été effectuée, et de retenir les marchandises individualisées dont il n'aurait pas encore fait livraison. Le failli en est cependant propriétaire.

En tout cas, seuls font partie de l'actif de la masse les biens dont le failli est propriétaire. On a vu (2) comment, à la différence du droit anglais, les biens dont le débiteur n'était que détenteur — même ostensible — étaient hors la masse. On précisera cependant qu'il est nécessaire que la détention résulte, soit d'un fait (3), soit d'un contrat, normalement destinés à la produire (dépôt par exemple). Elle n'est pas prise en considération si elle résulte de clauses annexes à un contrat qui n'est pas manifestement destiné à la produire (clause de réserve de propriété notamment, en matière de ventes mobilières) ; les objets détenus sont alors réputés propriété du failli et font partie intégrante de son actif.

52. — (1) En effet, le dessaisissement frappe tous les biens acquis par le failli tant qu'« il est en état de faillite » (art. 443). Or, le failli est en état de faillite tant que l'union n'est pas close, c'est-à-dire tant que l'assemblée au cours de laquelle le syndic est appelé à rendre ses comptes et les créanciers à donner leur avis sur l'excusabilité du failli, n'a pas été tenue (art. 537).

(2) Cf. page 112.

(3) Meubles corporels volés par le failli, par exemple.

Sur tous ces biens sans distinction, la règle est que les créanciers viennent en concours également, quelle que soit *l'époque* à laquelle leurs créances ont pris naissance, et quelle que soit leur *diligence*. D'où les deux chapitres de ce titre.

CHAPITRE PREMIER

AFFECTATION DES BIENS DU FAILLI AU PAIEMENT DE TOUS LES CRÉANCIERS, INDÉPENDAMMENT DE LA DATE DE NAISSANCE DE LEURS CRÉANCES

L'époque de la naissance de la créance ne saurait entraîner de discriminations entre les créanciers.

Les créanciers antérieurs ne peuvent prétendre à aucune préférence sur les biens qui se trouvaient dans le patrimoine de leur débiteur au moment où leurs créances sont nées. Les créanciers postérieurs ne peuvent prétendre primer les premiers sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où il s'est engagé envers ceux-ci.

La solution de la jurisprudence quant à l'effet de l'action Paulienne, exercée à l'occasion d'un acte accompli par le débiteur avant sa déclaration de faillite, illustrera le premier aspect de la règle précitée. L'hypothèse des faillites successives du débiteur fournira une éclatante manifestation du second aspect de celle-ci.

Section I

EFFET ABSOLU DE L'ACTION PAULIENNE

53. — Exposé d'une opinion.

Au cas d'action Paulienne, la question s'est posée en effet de savoir au profit de qui l'annulation consécutive à l'exercice de l'action serait prononcée. La difficulté provenait de ce

qu'en droit civil, seul le créancier demandeur, par application de l'effet relatif des jugements, est fondé à réclamer le bénéfice de l'annulation poursuivie (1).

Un auteur a proposé (2) le maintien de cette solution en droit commercial lorsque l'action est intentée après faillite du débiteur, au moins au cas où l'acte incriminé est antérieur à la période suspecte (3). Ainsi, le bénéfice de l'action profiterait à celui ou à ceux des créanciers qui auraient intenté l'action, voire à tous les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux, au cas où l'action aurait été exercée par le syndic. En tout cas, jamais les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux ne pourraient bénéficier de l'annulation prononcée.

Pour justifier cette suggestion, son auteur a fait état de ce que la règle de l'égalité laissait hors d'atteinte les inégalités antérieures à la période suspecte (les paiements effectués, les hypothèques consenties subsistent en effet) et il a prétendu que l'inégalité qui résulterait de ce que les créanciers postérieurs étaient privés du bénéfice de l'annulation, était, en l'espèce, antérieure à la période suspecte.

54. — Solution de la jurisprudence et justification.

La jurisprudence n'en a pas moins repoussé toute limitation des effets de l'action. Que l'action Paulienne soit intentée par un créancier ou par le syndic, qu'elle soit dirigée contre un acte accompli avant ou pendant la période suspecte, le résultat de l'action profite à tous les créanciers antérieurs et postérieurs à l'acte frauduleux (1).

C'est également la solution du droit italien.

On ne méconnaîtra pas la transformation profonde que subit l'action Paulienne à la suite de son passage dans le domaine du droit commercial. Action individuelle en droit civil, l'action Paulienne se transforme en action collective, en droit commercial. La raison de cette transformation est

53. — (1) Civ. 4 déc. 1923, S. 23.I.254.

(2) BOURCART, note au S. 1912.I.563, col. 1.

(3) En revanche, d'après BOURCART, si l'acte incriminé avait été passé en période suspecte, l'annulation profiterait à la masse.

54. — (1) Req. 29 juil. 1908, S. 09.I.435, note LYON-CAEN ; Req. 4 mai 1910, S. 1912.I.561, note BOURCART ; Civ. 18 déc. 1922, D. 25.I.223 ; Req. 11 juil. 1934, S. 36.I.247 ; Civ. Cass. 28 juil. 1938, R. F. 39.5 (sol. imp.) ; Rouen, 8 déc. 1937, R. G. D. C., 1939.380, note LAGARDE.

commandée par la nécessité d'assurer la sauvegarde du principe de l'égalité. Si le ou les créanciers demandeurs pouvaient, à titre exclusif, invoquer le bénéfice de l'action Paulienne qu'ils auraient intentée, prétendre, par exemple, que le produit de la réalisation du bien frauduleusement aliéné par le failli et réintégré à leur égard dans son patrimoine leur fût réservé, ils parviendraient à obtenir un paiement par préférence, au détriment des créanciers postérieurs à l'acte frauduleux et des créanciers antérieurs qui ne se seraient pas joints à eux. De même en serait-il si le bénéfice de l'action était réservé à tous les créanciers antérieurs à l'acte au cas où elle aurait été exercée par le syndic. C'est ce résultat que la jurisprudence entend proscrire, « la loi n'ayant — aux termes d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 mai 1910 (2) — consacré aucun droit de préférence au profit de ceux dont les créances sont antérieures à l'acte simulé » (3).

Vainement a-t-on prétendu que l'inégalité, qui résulterait de ce que certains créanciers seraient privés du bénéfice de l'action, serait hors du champ d'application du principe de l'égalité sous le prétexte qu'elle serait antérieure à la période suspecte. L'argument ne serait pertinent que si l'inégalité avait été consommée avant la période suspecte. Or, tant que le créancier qui pourrait, s'il le désirait, intenter l'action Paulienne contre l'acte qui lui porte préjudice, ne l'a pas exercée, l'inégalité n'existe pas encore ; elle ne deviendra effective que le jour où le créancier aura intenté l'action. Par son expectative, au contraire, le créancier a montré qu'il n'entendait pas tirer parti de la situation qui lui était faite.

Or si, d'après une jurisprudence contestable d'ailleurs (4), l'action peut encore être intentée par le créancier après la déclaration de faillite, celui-ci ne peut plus y trouver le moyen d'obtenir un paiement par préférence, la déclaration de faillite empêchant toute création valable d'inégalités entre les créanciers. La situation de ce créancier doit être identique à celle de tout créancier qui aurait pu, s'il l'avait voulu,

(2) S. 12.I.561.

(3) La question n'a jamais soulevé de difficultés en matière des nullités de la période suspecte. PERCEROU et DESSERTEAUX, Tome 1, n° 562.

(4) Cf. *supra*, page 33.

réclamer de son débiteur une sûreté, mais qui, une fois la faillite déclarée (et même auparavant, depuis le point de départ de la période suspecte) est irrémédiablement privé de ce droit.

Section II

LA NOUVELLE DÉCLARATION DE FAILLITE DU FAILLI AVANT CLOTURE D'UNE PREMIÈRE FAILLITE

55. — Reconnaissance des droits des créanciers nouveaux.

Pas plus que les créanciers antérieurs n'ont de préférence à réclamer sur les biens qui se trouvaient dans le patrimoine de leur débiteur au moment où leurs créances sont nées, les créanciers postérieurs ne peuvent prétendre primer les créanciers antérieurs sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où il s'est engagé envers ceux-ci. Le cas de faillites successives du débiteur en fournit un exemple original.

Au cas où, avant la clôture de la faillite, le failli aurait entrepris une nouvelle activité commerciale et aurait été, à nouveau, déclaré en faillite, les créanciers nouveaux ont prétendu avoir un droit de préférence à l'encontre des créanciers anciens sur l'actif commercial nouveau.

La détermination des droits des créanciers nouveaux impose la solution préalable d'un épineux conflit entre la règle légale d'une part, les intérêts économiques en cause et l'équité d'autre part. Avant de déterminer en effet l'étendue des droits des créanciers nouveaux, il est nécessaire d'examiner si les créanciers nouveaux ont des droits.

Appliqué à la lettre, l'article 443, al. 1, conduirait à dénier tout droit aux créanciers nouveaux tant que les créanciers anciens n'auraient pas été désintéressés. En effet, « le jugement déclaratif... emporte dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ». Il faudrait même aller plus loin et interdire au failli l'exercice

d'une nouvelle activité commerciale pendant le déroulement des opérations de sa faillite. Permettre au failli d'administrer l'actif nouveau, d'ester en justice à son propos, de disposer des bénéfices commerciaux réalisés par lui, aboutirait en effet à méconnaître les droits que le dessaisissement confère au syndic sur les valeurs composant l'actif de la faillite. Le failli ne serait pas incapable pour autant ; les restrictions de son activité découleraient de la nécessité pour lui de respecter les droits de la masse sur ses biens (1). Ces solutions ont été admises par un très ancien arrêt de la Cour de Bourges (2) ; des auteurs italiens les ont adoptées (3).

Ce sont des solutions diamétralement opposées que postulent l'intérêt de l'économie et le souci de la protection du crédit. Il importe en effet que le failli ne reste pas inactif pendant le déroulement des opérations de la faillite ; c'est l'intérêt bien compris de ses créanciers. Or, au cas où le failli entreprendrait la création d'une nouvelle entreprise — ce qu'aucun texte ne lui interdit directement — des crédits lui seront inévitablement nécessaires. Ces crédits ne lui seront octroyés que si ceux qui seraient susceptibles de les lui accorder sont assurés de n'être pas frustrés de tous droits au cas où la nouvelle entreprise viendrait à être liquidée. On fera valoir enfin que l'équité serait méconnue si les créanciers de la première faillite pouvaient appréhender le nouvel actif et méconnaître les engagements conclus par le failli à l'égard des nouveaux créanciers ; ils se paieraient avec l'argent des créanciers postérieurs.

Ces considérations sont apparues déterminantes. A de rares exceptions près (4), doctrine et jurisprudence, françaises et étrangères, se sont trouvées d'accord pour reconnaître des droits aux créanciers nouveaux sur l'actif nouveau. En propres

55. — (1) Ainsi, la femme mariée n'est plus incapable, mais elle n'a pas le droit d'aliéner la pleine propriété de ses propres.

Sur la distinction entre incapacité et absence de droit, cf. NAST, *Commentaire de la loi du 18 février* 1938, D. 1939.4.6, col. 3, *in fine*.

(2) Bourges, 28 août 1813, D. Repert, Lég. Jur. V° Faillite, page 82 note 111.

(3) Se prononcent en ce sens : BRUNETTI, *Nuovo Digesto Italiano*, t. V. 1938, V° Fallimento, n° 19 ; SALVATORE, *L'Exercizio del Commercio da parte del fallito e ei diritti di nuovi creditori*, Rivista del Diritto commerciale, 1914.2.728.

(4) Cf. note précédente.

termes, cela signifie que l'actif commercial nouveau du failli n'est pas soumis au dessaisissement.

C'est la solution admise expressément par l'article 1 de la loi allemande sur la faillite. Pour la concilier avec le texte de l'article 443 du Code français, d'aucuns (5) ont fait valoir que l'expression « biens qui peuvent lui échoir tant qu'il est en faillite » visait les seuls biens acquis par le failli à titre gratuit. Ils ont tiré argument de l'usage fait par le législateur du terme « échoir » comme s'appliquant à cette seule catégorie de biens (articles 1499, 1304, 1514, alinéa 2, Code Civil), mais l'argument n'est pas très probant, il veut concilier l'inconciliable. Le Code a utilisé le verbe échoir à l'occasion d'actes à titre onéreux (1401-2°). La vérité est que l'on est en présence d'un cas type de rébellion de la jurisprudence contre un texte de loi trop étroit.

La solution que l'on adopte : la non-soumission au dessaisissement des biens acquis par le failli à la suite de l'exercice d'un nouveau commerce, vaut que l'on s'y arrête. Elle conduit au dédoublement du patrimoine du failli en deux fractions, l'une, la fraction soumise au dessaisissement — sur laquelle les créanciers anciens, ont seuls action, l'autre, constituée par l'actif nouveau et sur laquelle les créanciers nouveaux ont des droits dont l'étendue reste à déterminer. Ces deux fractions sont, l'une et l'autre, constitutives d'universalités de droits (6), l'une, à titre principal, l'autre, par ricochet. La corrélation intangible entre l'actif ancien et le passif ancien fait de la fraction soumise au dessaisissement une universalité de droit à titre principal ; elle constitue, par ricochet, les autres éléments actifs et passifs du patrimoine en universalité de droit.

Vainement, les créanciers anciens, pour exclure les créanciers nouveaux et justifier par un détour la règle de l'article 443, invoqueraient-ils le principe de l'unité de la personne.

(5) MEYNIAL, S. 89.I.81 ; LACOUR et BOUTERON, Tome 2, n° 1739 ; GODIN, *Du nouveau commerce entrepris par le failli pendant sa faillite*, Thèse Nancy, 1925, page 68.

(6) GARY, *Les Notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Thèse, Bordeaux, 1931, page 183 ; BONNECASE, supplément au Traité de BAUDRY-LACANTINERIE, Tome V, n° 347 *bis*.

dont nous avons nous-même fait état précédemment. Il est aisé de leur répondre.

Sans doute, ainsi qu'on l'a indiqué, le droit français n'admet-il qu'avec méfiance et à titre exceptionnel, toute solution qui aboutit à la fragmentation du patrimoine d'une personne en universalités distinctes, mais il serait exagéré de conclure de là que son rejet doit être automatique. Si tout patrimoine se rattache à une personne, ce fondement nécessaire ne met pas obstacle à l'existence au sein du patrimoine général de plusieurs universalités juridiques. Au sens purement subjectif, il ne peut sans doute exister qu'un seul patrimoine puisque le patrimoine se confond avec la personnalité même du sujet de droit, mais, au sens objectif, il peut exister plusieurs patrimoines au sein du patrimoine général d'une personne ; ces patrimoines secondaires d'ailleurs sont toujours reliés à un sujet de droit, car, en droit français, l'affectation est toujours subordonnée à l'idée de personnalité (7). Aubry et Rau eux-mêmes qui ont été les promoteurs du principe de l'unité du patrimoine, ont admis l'existence en certaines hypothèses, d'universalités juridiques distinctes du patrimoine général (8).

Par surcroît, la reconnaissance de l'actif soumis au dessaisissement comme patrimoine d'affectation ne suscite pas, au point de vue de la règle de l'égalité et au regard des créanciers nouveaux privés de tous droits sur lui, les critiques qu'encourt normalement le recours à la notion d'universalité de droit. Si les créanciers nouveaux sont privés de tout droit sur l'actif ancien, là n'est pas la conséquence immédiate de la reconnaissance de celui-ci comme universalité de droit, mais l'application de la règle d'après laquelle ne peuvent prétendre partager l'actif ancien que les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement déclaratif.

56. — Concours des créanciers anciens et des créanciers nouveaux sur l'actif nouveau. — Justification.

Etant admis pour point de départ que les biens nouveaux ne sont pas soumis au dessaisissement, la question de

(7) Sur tous ces points, cf. GARY, page 252 et s.
(8) AUBRY et RAU, 6e éd., Toms 2, 1935, § 162, page 9.

l'étendue des droits des créanciers nouveaux peut alors être aisément résolue. Le patrimoine commercial de formation récente doit être régi par les règles de droit commun ; les biens qui le composent forment le gage de tous les créanciers, créanciers anciens comme créanciers nouveaux. Sur le produit de leur liquidation, tous doivent venir en concours au marc le franc conformément à l'article 2093 du Code Civil (1). Cette solution n'est pas seulement une transaction équitable entre des intérêts opposés ; elle est l'application normale de la règle de l'égalité qui manifeste ici avec éclat son rôle de règle de crédit. Les biens acquis par le failli du fait de l'exercice d'un nouveau commerce sont ainsi soumis au même régime que les biens que le failli pourra acquérir après la clôture de la faillite. Il n'y a pas de différence à faire suivant que la seconde faillite est intervenue après la clôture de la première ou avant. Cette identité de régime est parfaitement logique, puisque les biens acquis par le failli après clôture de la faillite ne sont pas soumis au dessaisissement et que les biens acquis par lui à la suite de l'exercice d'une nouvelle activité pendant les opérations de la faillite ne doivent pas davantage être considérés comme y étant soumis.

L'égalité de traitement entre créanciers anciens et créanciers nouveaux a été consacrée par un arrêt de la Chambre Civile du 22 novembre 1887 (2) ; cette solution se concilie seule avec la solution adoptée par d'autres arrêts de la Cour de Cassation et d'après laquelle « le failli a la faculté de se créer des ressources... par des opérations commerciales..., qu'une telle faculté implique nécessairement pour lui le droit d'administrer les ressources qu'il se procure ainsi avec des valeurs étrangères à la faillite et, par suite, la capacité de stipuler et s'obliger, de même que d'agir et défendre en justice à raison de ces opérations nouvelles... » (3).

56. — (1) MEYNIAL, S. 89.I.81 ; GODIN, *op. cit.*, page 135 et s. ; LACOUR et BOUTERON, Tome 2, 3e éd., n° 2152. Les créanciers nouveaux ne bénéficieront d'un droit de préférence que si la loi leur en a conféré un, tel par exemple le bailleur de l'immeuble loué par le failli, ou si le failli conventionnellement a consenti des garanties particulières ; ces garanties sont valablement constituées.

(2) S. 89.I.81 ; Cf. également Req. 8 mai 1878, D. 79.I.101 ; Com. Seine, 6 mars 1893, G. P. 93.I.145 ; Com. Alger, 21 nov. 1896, G. P. 97.I.546 ; Comp. Paris, 2 mars 1923, D. 23.2.56.

(3) Civ. 27 mai 1910, S. 11.I.276 ; 16 juillet 1928, S. 29.I.81.

Au surplus, les créanciers nouveaux, pas plus que les créanciers anciens, ne peuvent se plaindre du concours qui leur est imposé ; les créanciers nouveaux ont su qu'ils traitaient avec un failli dessaisi ; s'ils l'ont ignoré, leur ignorance aux yeux de la loi est coupable. Quant aux créanciers anciens, ils ne peuvent soutenir que le concours des nouveaux créanciers leur est injustement imposé puisque le failli n'a acquis les biens nouveaux que grâce au crédit que les créanciers nouveaux lui ont consenti. Le concours ne leur cause aucune perte (4).

57. — Pas de préférence des créanciers nouveaux sur l'actif nouveau.

Dans ces conditions, c'est à tort, ainsi qu'il résulte des explications précédentes, que d'éminents auteurs (1), en France et à l'Etranger, en Belgique et en Italie notamment, où la législation est (art. 444 Code Comm. Belge) ou était

(4) Pour justifier le concours entre les créanciers anciens et nouveaux on a invoqué parfois l'article 526 du Code de Commerce qui, au cas d'annulation, de résolution de concordat, déclaration d'une nouvelle faillite avant exécution du concordat, déclare que les créanciers antérieurs au concordat viendront en concours avec les créanciers dont la créance est née entre les jugements d'homologation du concordat et l'annulation ou la résolution du concordat. On a déduit (BOURCART, note au S. 1929.I.83, 2e col. ; GODIN, page 140) par a fortiori de cet article que les créanciers nouveaux ne peuvent bénéficier d'un traitement privilégié pour la raison que l'on ne saurait leur faire une situation meilleure, à eux qui ont su ou dû savoir qu'ils traitaient avec un failli, qu'aux créanciers qui ont traité avec un commerçant remis à la tête de ses affaires en vertu d'un arrangement conclu avec ses anciens créanciers.

A la vérité, l'argument doit être manié avec beaucoup de réserve. Au cas en effet de résolution, annulation de concordat, ou de nouvelle faillite avant l'exécution du traité, les nouveaux créanciers viennent en concours avec les créanciers nouveaux, non pas seulement sur l'actif que le failli s'est constitué entre l'homologation du concordat et l'un des trois événements précités, mais sur l'intégralité de l'actif du failli. Rien de tel au cas où le failli a entrepris un nouveau commerce avant la clôture de la faillite. Poussé à l'extrême, l'argument tiré de l'article 526 conduirait à faire concourir, au cas de nouveau commerce du failli créanciers anciens et créanciers nouveaux sur l'intégralité de son actif

57. — (1) *Doctrine française :* PERCEROU et DESSERTEAUX, tome I, n° 530, LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VII, n° 250.

Doctrine belge : Namur, *Le Code Commerce Belge revisé*, Bruxelles, 1877 ; FRÉDÉRICQ (Professeur à l'Université de Gand), *Principes de Droit Commercial belge* 1934, tome III, n° 1258.

Doctrine italienne : BONELLI, tome I, 1re édition, n° 253. CANDIAN, Professeur à l'Université de Pavis, *Exercizio del commercio in costanza di fallimento e sua disciplina guiridica*, Rivista 1932.I.41 ; *Attuazione della sentenza di fallimento zu beni presenti e su quelli futuri*, Rivista 1933.I.614; NAVARRINI, Tome I, n° 168, pages 209 et 210.

Contra : SALVATORE et BRUNETTI, précités.

(art. 699 Code Com. italien de 1882) analogue à celle du Code français, ont abondé dans le sens des prétentions maxima des créanciers nouveaux et admis l'existence d'un droit de préférence au profit de ceux-ci sur le nouvel actif. Le bon sens les condamne. Si l'on accordait aux créanciers nouveaux un droit de préférence sur le nouvel actif du failli, on assisterait à cette situation surprenante que les biens acquis pendant la faillite par le failli seraient plus complètement soustraits aux créanciers anciens que ceux qui lui adviendraient après clôture de la faillite. De ce droit de préférence d'ailleurs, les auteurs qui l'ont admis, n'ont pas apporté de justification pertinente.

Dans une première explication (2), le droit de préférence des créanciers nouveaux dériverait de ce que les créanciers nouveaux du failli seraient en même temps créanciers de la masse de la première faillite. La masse, par le seul fait qu'elle ne se serait pas opposée à l'exercice par le failli d'un nouveau commerce, serait censée avoir ratifié les engagements qu'il aurait contractés.

Cette explication encourt le reproche propre à toutes les explications qui, pour justifier l'obligation mise à la charge d'une personne, font appel à sa volonté présumée et aboutissent à faire peser sur elle des obligations auxquelles elle n'a jamais consenti (3). Les conséquences de cette explication suffisent d'ailleurs à la condamner. Elle aboutit à refuser tout droit aux créanciers nouveaux lorsque la masse a ignoré la nouvelle activité du failli et ce cas sera le plus fréquent. Au cas, en revanche, où la masse aurait eu connaissance de l'activité du failli, l'explication donnée conduirait à accorder aux créanciers nouveaux le droit de se faire payer non seulement sur le nouvel actif, mais encore sur l'ancien actif. La masse qui est censée avoir ratifié les engagements du failli n'a pas à sa disposition, pour limiter l'action des nouveaux créanciers,

(2) Trib. Civ. Nogent-le-Rotrou, 15 janv. 1897, G. P. 98.I, supp. page 11 ; BOISTEL, *Cours de Droit Commercial*, n° 912, page 605 ; THALLER, *Revue Critique*, 1881.630 ; GRIGNON, *Le Dessaisissement du débiteur failli*, Thèse Caen, 1902, p. 108 ; BONELLI, Tome 1, 1re éd., n° 253, qui considère le failli comme le *negotiorum gestor* de la masse ; Trib. de Milan, 16 mars 1914, *Rivista* 1914.2.728. Le tribunal invoque aussi l'argument tiré de la connexité.

(3) BRUNETTI, *Nuovo digesto italiano*, tome V.1938, v° Fallimento, n° 19.

l'équivalent du bénéfice de la séparation des patrimoines, connu seulement du droit successoral. Ce résultat est inadmissible, car le failli ne peut par des contrats nouveaux nuire à l'exercice du droit de gage de ses créanciers sur ceux de ses biens qui étaient biens présents au moment de la déclaration de faillite (4).

Les insuffisances de cette explication ne se rencontrent pas dans une seconde explication d'après laquelle les obligations contractées par le failli ont un lien si intime avec les biens acquis qu'on peut les considérer comme ne pouvant en être séparées. La connexité existant entre les biens acquis et les dettes qui en résultent, aurait pour conséquence que les biens nouveaux n'entreraient dans le patrimoine du débiteur que sous condition du paiement des dettes, par extension de la règle *non sunt bona nisi deducto aere alieno* (5). Ce système avait été adopté par l'arrêt de la Chambre Civile du 12 mars 1864 (6) ; il avait été adopté par la doctrine italienne (7) sous l'empire du Code de Commerce de 1882 ; l'article 42, alinéa 2 de la loi italienne de 1942 l'a implicitement consacré (8). Des décisions de juridictions belges l'ont également admis (9).

A la vérité, la connexité qui existerait entre les obligations nouvelles contractées par le failli et les biens acquis par lui est insuffisante pour justifier l'attribution de principe d'un droit de préférence aux créanciers nouveaux sur le nouvel actif du failli. La seule relation qui existe entre les acquisitions et les dettes récentes est qu'elles ont pour origine une même entreprise. Entre les opérations figurant au passif et à l'actif du nouveau commerce, la connexité prétendue ne résulte en réalité que d'une simultanéité fortuite de dates et d'une jux-

(4) Cette conséquence est nettement indiquée par le jugement du Tribunal de Milan du 16 mars 1914, *Rivista* 1914.2.728. Trib. Civ. Alger, 7 nov. 1904, J. F. 1905.186 ; Caen, 12 mars 1885, J. F. 88.69.

(5) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome 1, page 683, note 1.

(6) S. 1864.I.18.

(7) Cf. CANDIAN, BONELLI, NAVARRINI, précités. Le Tribunal de Milan, par jugement du 16 mars 1914 (*Rivista*, 1914.2.728) précité s'est prononcé en ce sens.

(8) L'art. 42, alinéa 2, porte : « sont compris également dans la faillite les biens qui parviennent au failli pendant la faillite, déduction faite du passif né pour leur acquisition et leur conservation. »

(9) Com. Louvain, 22 mai 1917, Pasicrisie belge 1917.3.286 ; Com. Bruxelles, 1er fév. 1890, Pas. belge 1890.3.216.

taposition fortuite d'éléments actifs et d'éléments passifs (10). Entre l'actif et le passif d'une entreprise, il n'existe aucune connexité véritable. Sans doute, est-il incontestable que, sans le crédit que les nouveaux créanciers ont consenti au failli, celui-ci n'aurait pu créer un nouveau commerce. Un lien de connexité existe certainement, mais il est d'ordre économique ; c'est celui qui existe entre éléments producteurs et éléments produits, or ce lien de connexité économique est distinct du lien de connexité juridique, seul pris en considération par le Droit.

Pour créer ce lien de connexité entre l'ensemble de l'actif et l'ensemble du passif du failli, la doctrine française et belge a eu recours à la notion d'enrichissement sans cause (11). La masse en effet, dit-on, réaliserait un enrichissement sans cause au détriment des créanciers nouveaux si elle pouvait accaparer à son profit exclusif le nouvel actif sans avoir à en acquitter le passif.

Puisque les nouveaux créanciers ont contribué à la formation de ce nouvel actif — on peut même dire qu'ils l'ont créé — il est équitable qu'ils soient payés, au cas où cet actif viendrait à être liquidé, de préférence aux créanciers dans la masse de la première faillite. On ajoute que le principe d'enrichissement sans cause limite immédiatement l'étendue du droit de préférence des nouveaux créanciers. D'une part, les nouveaux créanciers n'ont de droit que sur les biens affectés au commerce ; d'autre part, seuls parmi les créanciers nouveaux, ceux dont le titre a pour origine une prestation fournie à l'occasion du commerce auront action sur les biens nouveaux.

Si le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause échappe aux objections qui avaient été faites aux précédentes explications, il n'est pas pour autant exempt de critiques. C'est par un véritable abus de langage que l'on parle, en

(10) SALVATORE, précité, *Rivista* 1914.2.728.

(11) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, Tome VII, n° 250 ; SÉBAG, *Revue Générale de droit commercial*, 1938.457 ; DESSERTEAUX, *Ann. Dr. Com.* 1935.184 ; BONFILS, *Rev. Crit.* 1889.377 ; NAMUR, *Code de Commerce belge révisé*, 1877, art. 444, n° 1641 ; FRÉDÉRICQ, *Principe de Droit Commercial Belge*, 1934, tome III, n° 1258.

Cour d'appel d'Alexandrie, 13 juin 1934, Ann. Dr. Com. 1935.184, note DESSERTEAUX ; comp. Com. Nice, 23 fév. 1912, J. F. 13.328.

l'occurrence, d'enrichissement sans cause. Les conditions de mise en jeu de l'action *de in rem verso* ne sont pas remplies. Reconnaître sans distinction à tous les créanciers dont les créances sont nées à l'occasion de l'exercice par le failli d'un nouveau commerce le droit d'invoquer le principe d'enrichissement sans cause aboutit à méconnaître l'exigence rationnelle d'après laquelle, pour être pris en considération, l'enrichissement du défendeur à l'action doit provenir de l'appauvrissement du demandeur. Or, on suppose ici établi a priori que l'enrichissement de chaque créancier individuellement a profité dans son intégralité à la masse, alors que cet appauvrissement ne lui a peut-être profité en aucune manière ou ne lui a profité qu'en partie : le failli a pu en effet dissiper tout ou partie des deniers qui lui ont été avancés ou les utiliser dans des opérations malheureuses. Si, d'ailleurs, un enrichissement de la masse se produit, cet enrichissement dérive de l'exercice légitime que la masse fait de son droit ; il découle de ce que le dessaisissement frappe, dans l'opinion commune, biens présents et biens à venir. L'enrichissement de la masse n'est donc pas sans cause (12).

Sans plus de succès, les créanciers nouveaux, pour exclure les créanciers anciens, feraient-ils état du sectionnement du patrimoine du failli en deux universalités et prétendraient-ils que l'actif de chaque universalité est exclusivement affecté au règlement du passif qui lui est rattaché, les biens frappés de dessaisissement au règlement des créanciers anciens, l'actif nouveau au règlement des créanciers nouveaux. C'était, semble-t-il, la solution du droit romain (13).

On a répondu par avance à l'objection. Le droit français, tout en consacrant l'existence de patrimoines d'affectation au sein d'un patrimoine général, ne donne pas à l'idée d'affectation la portée extrême que le droit allemand lui a conférée. Ainsi qu'on l'a écrit précédemment, l'idée d'affectation est toujours subordonnée à l'idée de personnalité ; il en résulte que l'apparition d'une universalité juridique à titre principal au sein du patrimoine d'un individu ne produit, en certaines hypothèses, que des effets à sens unique. Les créanciers au

(12) SALVATORE, précité, *Rivista*, 1914.2.728.
(13) LEMARIÉ, *De l'Action Tributoria*, thèse, Paris, 1910, p. 107.

profit de qui l'universalité de droit réalise l'assignation préférentielle d'un ensemble de biens affectés à leur paiement, peuvent exclure tous autres créanciers, mais, en revanche, ceux-ci peuvent concourir avec eux sur le reste du patrimoine constitué en universalité de droit par ricochet. Tel est le cas en matière de faillite.

C'est sous le signe de la propriété du failli que les biens soumis au dessaisissement sont frappés d'un isolement relatif. Les créanciers existant au jour de la déclaration de faillite ne deviennent pas par l'effet du dessaisissement créanciers du patrimoine, sujet de droit, composé des biens soumis au dessaisissement : ils demeurent créanciers du failli. L'application de l'article 2093 du Code Civil conduit à ce que, en l'absence d'un droit de préférence accordé par la loi aux créanciers nouveaux, les créanciers anciens viennent concourir avec eux sur l'actif nouveau que le failli a pu constituer par son travail. Une telle situation n'est pas pour surprendre. En matière successorale, l'actif et le passif héréditaires, à la suite de la séparation des patrimoines sont, selon certains, constitutifs d'une universalité juridique. La séparation des patrimoines n'a pas pour résultat d'isoler au sein du patrimoine de l'héritier la masse des biens qui lui viennent du défunt et la masse de ses biens personnels. Créanciers et légataires du défunt qui, sur les biens héréditaires, écartent le concours des créanciers de l'héritier, concourent avec eux sur les biens personnels de l'héritier. C'est au moins, en l'absence de jurisprudence, l'opinion de la doctrine (14).

Un concours analogue n'est pas inconnu du droit allemand lui-même. Les auteurs allemands, pour qui le fonds de commerce constitue un patrimoine d'affectation (15), concèdent

(14) RIPERT et BOULANGER, tome III, 1946, n° 2649 ; AUBRY et RAU, tome X, parag. 619, note 64.

L'opinion de la doctrine moderne est d'autant plus digne d'être soulignée qu'elle est contraire à la tradition de l'ancien droit. C'est ainsi qu'à raison de l'existence de la préférence qu'on leur reconnaissait sur les biens héréditaires, POTHIER, par réciprocité, n'autorisait les créanciers du défunt à se faire payer sur les biens de l'héritier qu'après désintéressement des créanciers personnels de celui-ci.

On pourrait également tirer argument des règles qui président au fonctionnement du régime dotal ; les créanciers dotaux peuvent concourir avec les créanciers non dotaux sur les biens paraphernaux de la femme.

(15) Il en va différemment de ceux qui font du fonds de commerce une personne morale ; cf. GARY, thèse citée page 26.

que la séparation des patrimoines, que réalise l'existence du fonds de commerce, n'est pas complète. S'ils dénient aux créanciers personnels du commerçant tout droit sur le fonds, ils admettent un recours subsidiaire des créanciers commerciaux sur le patrimoine personnel du commerçant (16).

58. — Droits des créanciers non commerciaux.

On a, jusqu'à présent, seulement envisagé les droits des créanciers commerciaux nouveaux sur l'actif commercial nouveau, mais les droits des créanciers non commerciaux nouveaux envers qui le failli s'est engagé pour affaires non commerciales sont identiques. Les auteurs, il est vrai, qui reconnaissent aux créanciers nouveaux un droit de préférence sur l'actif nouveau, dénient tout droit sur cet actif aux créanciers non commerciaux Pour ces auteur en effet, c'est la réunion à l'actif de la masse du nouvel actif commercial qui entraîne l'obligation de la masse de respecter le passif corrélatif. Il est alors logique que, seul, soit pris en considération le passif commercial. Si l'on admet que l'actif commercial nouveau n'est pas soumis au dessaisissement et qu'à son endroit, créanciers anciens et créanciers nouveaux viennent en concours, aucune raison ne justifie l'exclusion des créanciers non commerciaux qui doivent être admis, comme les créanciers commerciaux, à concourir avec les créanciers anciens (1).

(16) GARY, page 28.

58. — (1) GODIN, thèse précitée, page 141 ; CANDIAN et SALVATORE, articles précités.

CHAPITRE II

AFFECTATION DES BIENS DU FAILLI AU PAIEMENT DE TOUS LES CRÉANCIERS, INDÉPENDAMMENT DE LA DATE A LAQUELLE ILS ONT FAIT VALOIR LEURS DROITS

Au cas de faillite, le paiement n'est pas, comme au cas de déconfiture, le prix de la course. A raison de sa plus grande diligence, un créancier ne peut prétendre être préféré sur l'actif. On en montrera trois applications.

59. — Pas de préférence des créanciers qui ont produit dans les délais légaux.

Les créanciers qui ont produit dans les délais légaux ne sont pas fondés à soutenir que l'actif de la masse leur est désormais réservé et à exclure de toute participation à l'actif les créanciers qui n'ont pas produit. Tant que le juge-commissaire n'a pas ordonnancé la dernière répartition des deniers, le créancier retardataire peut faire valoir ses droits, à la condition qu'il fasse, au préalable, opposition à ce que toute distribution à venir des deniers se fasse en dehors de lui. Il pourra prélever les dividendes afférents à sa créance dans les premières répartitions auxquelles il n'a pas pris part et partagera avec les autres le surplus (art. 503).

La faculté reconnue aux créanciers retardataires mérite d'autant plus d'être signalée qu'en matière de distribution par contribution (art. 660 du Code de Procédure Civile) et d'ordre (art. 755 du Code de Procédure Civile), les créanciers qui n'ont

pas produit dans les délais légaux sont forclos et, s'ils conservent leurs créances, sont privés irrémédiablement du droit de prendre part aux collocations.

La possibilité cependant pour les créanciers de réparer leur retard à une limite. Après l'ordonnancement par le juge-commissaire de la dernière répartition, le créancier retardataire est forclos. Il ne peut réclamer à chaque créancier individuellement de le faire participer aux distributions dont il a bénéficié. Cette solution s'explique par un désir de simplification ; elle est connue aussi bien du droit italien (1), du droit allemand (2)) que du droit français. Moins soucieux des nécessités pratiques, le droit romain (3) et le droit des statuts italiens du moyen-âge étaient plus respectueux de l'égalité entre les créanciers. A Rome et à Gênes (4), les créanciers pouvaient être astreints à donner caution de restituer le trop-perçu pour le cas où, après toute répartition, de nouveaux créanciers se présenteraient.

60. — Pas de préférence au profit du créancier qui, après clôture de l'union, poursuit son paiement sur un bien non compris dans la liquidation.

Pas davantage, la diligence d'un créancier ne saurait être un titre à son désintéressement si ce créancier poursuit, après clôture de l'union, le paiement du solde de sa créance, sur un bien dont le failli était propriétaire à cette date, et qui n'aurait pas été compris dans la liquidation (1) (2).

On sait que le principe de l'égalité cesse de jouer après clôture de l'union : le débiteur peut payer à tel créancier de son

59. — (1) Loi du 16 mars 1942, art. 101.

(2) MAYER, *Kommentar zur vergleichsordnung*, Munich, 1928, page 94, observation 9.

(3) LEMARIÉ, *De l'action tributoria*, thèse, Paris, 1910, p. 103.

(4) Statut de Gênes de 1589, Livre II, chap. 32.

60. — (1) Le bien a pu être omis ; ou bien le débiteur, au jour de la clôture de l'union, était propriétaire sous condition suspensive et la condition s'est réalisée.

(2) Nous avons examiné à propos de l'application du principe de l'égalité quant aux biens, plutôt qu'à propos du principe de l'égalité quant aux actes, l'hypothèse envisagée au texte et à sa suite, celle où un créancier a obtenu son paiement après clôture de la faillite pour insuffisance d'actif. Ces paiements, en tant que tels, ne pouvaient être critiqués puisque ceux qui les percevaient ne touchaient que ce qui leur était (principe de la validité des poursuites individuelles).

choix le solde de sa créance ; tout créancier peut donc, pour obtenir le paiement de ce solde, user de poursuites individuelles et saisir les biens du débiteur. Aussi, a-t-on pu soutenir (3) que la dation en paiement par le débiteur d'un bien non compris dans la liquidation était valable et que les voies d'exécution pouvaient être valablement exercées à l'encontre de ce bien.

La jurisprudence, cependant, a rejeté cette opinion (4). Elle a jugé que la découverte d'un bien non compris dans la liquidation entraînait la réouverture de la faillite, et l'entrée en fonctions du syndic. Dations en paiement, voies d'exécution doivent en conséquence être déclarées inopposables à la masse et le produit de la réalisation du bien doit être partagé au marc le franc entre tous les créanciers ayant composé la masse, à l'exclusion des créanciers nouveaux. La solution de la jurisprudence doit être approuvée. En maintenant ferme en l'occurrence, la règle que tous les biens dont le failli était propriétaire au jour de la clôture de l'union sont affectés à la satisfaction commune de l'ensemble des créanciers, la jurisprudence assure le respect du principe de l'égalité

Vainement tirerait-on argument de la clôture de l'union, car l'union n'est pas close ; de l'article 537, il résulte, en effet, qu'elle n'est close que lorsque la liquidation de la faillite est terminée. Or, la liquidation n'est pas terminée tant qu'il reste un bien à vendre.

La réouverture de la faillite pour découverte d'un bien omis dans la liquidation a posé la question de savoir si les créanciers pouvaient également solliciter la réouverture de la faillite afin que puissent être exercées, faute de l'avoir été en temps utile, les actions en nullité des articles 446-447 à l'égard d'un acte accompli par le failli pendant la période suspecte. La doctrine (5) et récemment la jurisprudence (6) ont répondu par la négative pour le motif que la clôture de l'union avait fait disparaître la masse et, avec elle, l'action en nullité des

(3) BOISTEL, *Cours de Droit Commercial*, 1890, n° 1087.

(4) Lyon, 2 juin 1876, D. 78.I.225 ; Cass. 20 déc. 1886, D. 87.I.309 ; Caen, 2 mai 1944 (motifs), G. P. 44.2.31.

(5) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, page 957, note 3 ; LYON-CAEN RENAULT et AMIAUD, tome VIII, n° 734.

(6) Caen, 2 mai 1944, G. P. 44.2.31.

articles 446 et 447. Pas davantage, d'après la doctrine, les créanciers individuellement pourraient intenter ces actions (7). En revanche, ils peuvent à coup sûr exercer l'action Paulienne. Mais on se demandera si l'effet de l'action sera relatif ou absolu et si, au cas où il serait absolu et où, par exemple, l'acte annulé serait l'aliénation d'un bien, la réouverture de la faillite ne serait pas justifiée ? A notre connaissance, ces questions n'ont pas été envisagées. Si l'on s'en tient à l'idée que la masse est dissoute après clôture de l'union, on n'accordera à l'action Paulienne qu'un effet simplement relatif. Nous inclinerions, quant à nous, à lui reconnaître un effet absolu.

A la suite en effet de l'exercice suivi de succès de l'action Paulienne, le bien frauduleusement aliéné est censé n'être jamais sorti du patrimoine du failli ; il est donc censé y avoir existé au jour de la clôture de la faillite. Un créancier ne doit pas être admis à se prévaloir seul de ce résultat, mais tous doivent pouvoir l'invoquer. En conséquence, la réouverture de la faillite, aux fins de réalisation du bien et de distribution du produit de celle-ci, devrait s'ensuivre. A cette condition seulement, l'égalité entre les créanciers quant aux biens sera respectée.

61. — Pas de préférence au profit du créancier qui poursuit son paiement après clôture pour insuffisance d'actif.

Pas plus, enfin, que dans les hypothèses précédentes, la diligence d'un créancier ne saurait justifier son désintéressement si ce créancier poursuit ou obtient, après clôture pour insuffisance d'actif, le paiement de sa créance. Au cas de réouverture de la faillite, le syndic est fondé à contraindre le créancier qui serait parvenu à se faire payer, à reverser à la masse le montant des sommes qu'il aurait touchées.

A la vérité, le doute quant à l'exactitude de la solution est

(7) PERCEROU et DESSERTEAUX, n° 1463 *bis* ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, n° 730.

Pourquoi, d'ailleurs, leur permettre de les exercer après concordat ? (PERCEROU et DESSERTEAUX, n° 1359 ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VII, n° 632 ; *Contra* : Lyon, 16 mars 1911, J. F. 12.119). On peut en donner la raison que la masse, irrémédiablement dissoute au jour de la clôture de l'union, se survit après l'homologation du concordat, tant que le concordat n'a pas été exécuté.

possible et l'on peut se demander si l'application du principe d'égalité n'est pas ici outrancière. L'article 527 du Code de Commerce en effet porte que « le jugement (de clôture pour insuffisance d'actif) fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles tant contre les biens que contre la personne du failli ». Des créanciers s'en sont prévalu pour conserver les sommes qu'ils avaient perçues (1).

A juste raison cependant, la jurisprudence (2) a-t-elle rejeté leurs prétentions. La clôture de la faillite pour insuffisance d'actif n'est pas une solution effective de la faillite mais une suspension des opérations. Le dessaisissement du failli persiste et le principe de l'égalité continue à devoir être appliqué. Si la reprise des poursuites individuelles est permise aux créanciers, elle n'a d'autre but que de les faire coopérer à la recherche et à la réunion des éléments de l'actif. L'article 528, § 2 commande cette interprétation qui prévoit le remboursement des frais de poursuites exposés par les créanciers.

61. — (1) Dans un sens favorable à leurs prétentions, cf. DALLOZ, *Jurisp. Gén.* V° Faillite, n° 908.

(2) Comm. Seine, 2 juill. 1890, J. F. 90.493 ; Paris, 4 juin 1891, J. F. 91.309 ; Paris, 6 août 1896, D. P. 97.2.87 ; Lyon, 25 octobre 1940, D. C. 42.J.52, note anonyme.

TITRE CINQUIÈME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE QUANT AUX ACTES

Les actes contraires à l'égalité peuvent être accomplis à des dates différentes : pendant la période suspecte, voire même alors que le débiteur était encore « in bonis », ou après la déclaration de faillite, pendant le déroulement des opérations de la faillite ou pendant l'exécution du concordat. Suivant la date à laquelle ils sont intervenus, la sanction qui atteint ces actes sera différente.

62. — Sort des actes antérieurs à la période suspecte.

Les actes accomplis avant la période suspecte tombent sous le coup de l'action Paulienne s'ils ont été consentis par le débiteur déjà insolvable. L'action Paulienne pourra même atteindre certains actes conclus par le failli alors qu'il était « in bonis » : ces actes sont les conventions destinées à accorder un droit de préférence au profit de l'un des créanciers, en dehors des sûretés prévues par la loi, telles : la clause de contre-passation des effets non échus, la clause de compensation in futurum ; telle encore la convention par laquelle un créancier stipule une indemnité pour le cas de faillite de son débiteur (1) ou encore la clause par laquelle un créancier gagiste se ferait autoriser à participer à la faillite de son débiteur pour le montant total de sa créance sans être tenu de déduire le montant du produit de la réalisation de son gage (2).

62. — (1) Rapp. Paris, 3 nov. 1928, G.P. 29.I.210.
(2) Paris, 6 fév. 1929, G.P. 29.I.412.

A l'encontre de ces clauses, c'est à bon droit que l'action Paulienne sera exercée, puisque ses conditions sont réunies. L'analyse montre en effet que ces stipulations sont dirigées contre la masse des créanciers du débiteur au cas de faillite éventuelle de celui-ci. Le débiteur, au moment où il les accepte, ne supporte aucun sacrifice immédiat, mais, au jour où elles sont destinées à recevoir exécution, elles accroissent, au profit d'un créancier, l'insolvabilité du failli en diminuant son actif au détriment des autres créanciers. Le préjudice qui en résulte pour la masse est connu du débiteur et du créancier ; il est même voulu et recherché : mieux, il est l'objet de la clause (3).

Vainement, au nom de l'autonomie de la volonté, prétendrait-on (4) que ces conventions sont valables sous prétexte qu'il n'est pas contraire au droit de la faillite que le débiteur accorde un avantage à l'un de ses créanciers si cette concession est faite en dehors de la période suspecte, puisque, aussi bien, il aurait pu lui accorder une sûreté réelle, gage ou hypothèque.

L'objection n'est pas pertinente. Dans le conflit qui oppose la règle de l'autonomie de la volonté et la règle de l'égalité, la première doit s'incliner. La règle de l'autonomie de la volonté est une règle souveraine, tant seulement que les conventions dont elle est l'expression ne heurtent pas un principe impératif. Or, les conventions envisagées heurtent la règle de l'égalité entre les créanciers considérée comme intéressant l'ordre public. Cette constatation suffit à les condamner (5). Sans doute, le débiteur aurait-il pu offrir à son créancier une sûreté réelle qui aurait grevé l'actif et celle-ci n'aurait pu être incriminée. La raison en est que débiteur et créancier, tout en se plaçant hors du champ d'application de la règle de l'égalité, seraient restés dans les limites des dérogations prévues par le législateur au principe de l'égalité, et dont les tiers sont prévenus à raison de la publicité dont les

(3) Comp. CHAUVEAU, R.F. 1939.153.

(4) Au cas de clause de contrepassation des effets non échus : Douai, 21 janv. 1938, R.F. 38.373 ; MARTY, *Ann. Dr. Com.* 1931.110 ; TIMBAL, *Rev. Crit.* 1931.127 ; BAUDOUIN, J.C.P. 1938.I.77 (col. 20 et 21) ; GABOLDE, J.C.P. 1943.II.355 (col. 8).

(5) Au cas de clause de compensation : HOUIN, J.C.P. 1943.II.2157 ; Paris, 3 nov. 1928 et 6 févr. 1929, précités.

droits de gage et d'hypothèque sont l'objet. Ces limites légales, la convention des parties ne peut les franchir, en l'absence d'une publicité destinée à avertir les tiers. Le statut de la faillite forme un tout cohérent où les applications de la règle de l'égalité et les dérogations qui y sont permises sont harmonisées ; créancier et débiteur ne peuvent modifier les proportions établies.

63. — Sort des actes postérieurs à la période suspecte.

Quant aux actes destructeurs de l'égalité, passés à partir du jour où a commencé la période suspecte et jusqu'à l'exécution du concordat, la combinaison des articles 446 et 447, 597 et 598 du Code de Commerce pris à la lettre, commanderait les solutions suivantes :

Les actes limitativement énumérés par l'article 446 (§ 3 et 4) (paiements de dettes non échues, paiements faits autrement qu'en espèces ou en effets de commerce, sûretés réelles pour dettes antérieurement contractées) et accomplis dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements, seraient inopposables à la masse en dépit de l'entière bonne foi du créancier.

Par application de l'article 598 qui annule tout traité d'où résulterait en faveur d'un créancier un avantage à la charge de l'actif et qui est jugé (1) applicable aux avantages stipulés après la cessation des paiements, tous les actes accomplis après cette date jusqu'à la clôture de l'union ou l'exécution du concordat (2) devraient être déclarés nuls de nullité absolue sans qu'il faille se préoccuper de rechercher, pour les actes accomplis avant le jugement déclaratif, si le créancier connaissait ou non l'état de cessation de paiements du débiteur. Une exception cependant devrait être faite pour les paiements de dettes échues effectués en espèces ou en effets de commerce entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement déclaratif. Par application en effet de l'article 447, le Tribunal aurait à sa discrétion la faculté de les

63. — (1) Cass. 26 déc. 1888, S. 88.I.461 ; Civ. 17 avr. 1905, S. 09.I.385.
(2) Relativement aux actes passés avec un créancier par le failli en contravention du dessaisissement, la nullité des articles 597 et 598 couvrirait l'inopposabilité résultant de l'article 443.

déclarer inopposables à la masse, — non pas nuls de nullité absolue — à la condition que le créancier ait eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur. De plus, les paiements d'effets de commerce ne pourraient jamais être incriminés (art. 449). Toutefois, ce régime moins strict serait exclusivement réservé aux paiements : l'expression « tous autres actes à titre onéreux » de l'article 447 visant les actes non destructeurs de l'égalité, telles les aliénations. Comment pourrait-elle avoir trait aux actes contraires à l'égalité puisqu'ils seraient déjà nuls de nullité absolue en vertu de l'article 598 ?

Au demeurant, l'identité de la sanction applicable aux actes contraires à l'égalité, qu'ils aient été accomplis avant ou après le jugement déclaratif, se justifierait : toute distinction paraît irrationnelle. Quant à la rigueur de la sanction, elle n'est pas non plus pour surprendre : de droit commun, l'atteinte à un principe intéressant l'ordre public entraîne la nullité absolue de l'acte. Quant au régime spécial prévu pour les paiements, il s'expliquerait par le caractère éminemment normal de l'acte.

A la vérité, les solutions qui semblent découler normalement des textes ne sont pas celles de la jurisprudence. En schématisant, on peut dire que la jurisprudence tend à appliquer distributivement et successivement dans le temps les articles 447 et 598.

Sauf en ce qui concerne les actes prévus par l'article 446 du Code de Commerce, le régime des paiements est uniformément appliqué aux actes destructeurs de l'égalité accomplis après la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif ; ces actes sont simplement inopposables à la masse (3) et encore leur inopposabilité est-elle subordonnée au bon vouloir du tribunal (4) et à la condition que le créancier ait connu la cessation des paiements.

En revanche, la nullité absolue de l'article 598 atteint les actes passés après le jugement déclaratif.

(3) Même après la clôture de l'union ou pendant l'exécution du concordat, c'est-à-dire, après la fin du dessaisissement, le débiteur ne pourra jamais agir en nullité.

(4) A moins qu'il ne s'agisse de l'un des actes visés aux alinéas 3 et 4 de l'art. 446, auquel cas leur inopposabilité est de droit.

Ainsi, sont nuls tous traités par lequel le débiteur s'engagerait à désintéresser tel de ses créanciers pendant l'exécution du concordat (5), tout paiement effectué pendant l'exécution du concordat en sus du dividende concordataire (6).

Le fait que l'exécution du concordat soit garantie d'une manière sûre ne saurait les valider ainsi que le suggère la doctrine italienne (7). Le régime des actes accomplis avant le jugement déclaratif et le régime des actes accomplis postérieurement est donc bien diversifié. Force est bien de constater que ce n'est que d'une manière tout à fait exceptionnelle que la jurisprudence a annulé, sur le fondement de l'article 598, des actes contraires à l'égalité passés avant le jugement déclaratif (8).

Les solutions de la jurisprudence sont d'ailleurs directement inspirées de la volonté du législateur de 1838, tant en ce qui concerne l'article 447 que l'article 598. L'annulation brutale de tous les actes ou paiements postérieurs à la cessation des paiements, que le créancier l'ait ou non connue, était le

(5) Civ. 29 juil. 1874, D. 75.I.172 ; Req. 26 mars 1888, G.P. 88.I.654 ; Bordeaux, 10 janv. 1887, D. 88.II.18 ; 25 avr. 1910, J.F. 10.413 ; Colmar, 24 déc 1936, *Rev. Jur. Al.-Lorr.* 1937.428.

(6) Il en est ainsi, notamment, au cas de résolution du concordat. Extraordinairement cependant, la jurisprudence invoque, soit les art. 446 et 447 (Req. 7 déc. 1874, D. 75.I.457) soit l'art. 443 (Req. 16 juil. 1883, S. 83.I.467 ; Com. Seine, 8 juin 1889, J.F. 89.440 ; 6 avril 1905, J.F. 05.351). La doctrine a fait remarquer à juste raison qu'invoquer les articles 443, 446 et 447 revient à assimiler la résolution du concordat à l'ouverture d'une seconde faillite, alors que la résolution du concordat entraîne seulement la réouverture de la faillite close par l'homologation du concordat ; elle a proposé d'appliquer l'article 525, d'après lequel « les actes faits par le failli postérieurement au jugement d'homologation et antérieurement à la résolution... seront annulés... en cas de fraude aux droits des créanciers ». En l'espèce, la preuve de la fraude résulterait du seul fait qu'un créancier aurait reçu des sommes supérieures à celles auxquelles il a droit.

La jurisprudence n'est pas restée insensible à ces critiques et, si elle persiste à invoquer les articles 446 et 447, elle invoque également désormais l'article 525 (Civ. 26 nov. 1919, J.F. 20.5 ; rapp. Req. 2 mai 1935, S. 35.I.189).

A la vérité, il est inutile de recourir à l'art. 525, il suffirait de faire appel à l'art. 598 (Seine, 15 nov. 1902, La loi 13 janv. 1903), plus simplement, au principe de l'égalité (rapp. Civ. 26 nov. 1919, Req. 2 mai 1935, précités ; Com. Seine, 8 juin 1889, J.F. 89.440).

(7) Bonelli, Vol. 3, 3e éd. 1939, page 417.

(8) De 1900 à 1946, le *Dalloz*, la *Gazette du Palais* et le *Journal des Faillites* ne signalent à notre connaissance que Cass. Crim. 12 juin 1913, D. 15.I.42 ; Lyon, 24 juin 1924, G.P. 24.II.473 ; Cass. Crim. 23 janv. 1938 J.F. 39.115.

système du code de 1807 (9). Ce régime, pour logique qu'il fût, avait paru, à l'usage, trop rigoureux (10) et des Cours d'Appel (Paris, Orléans, Nancy), en dépit de la lettre des textes, avaient refusé de l'appliquer lorsque le créancier était de bonne foi (11). Le législateur de 1838 l'a rejeté, pour adopter un système où l'annulation est subordonnée à la connaissance de la cessation des paiements du débiteur. Sa volonté en ce sens est certaine ; les travaux préparatoires en témoignent.

S'agissant des articles 597 et 598, il est avéré que le législateur a essentiellement voulu réprimer pénalement la pratique des traités particuliers conclus par le failli après la déclaration de faillite. L'intervention du législateur n'était pas nécessaire pour leur faire encourir la nullité. Dès avant la loi de 1838 en effet, la jurisprudence la prononçait (18). Mais la pratique des traités particuliers était courante. C'était, dit un arrêt de la Cour de Rouen du 14 décembre 1824 (13) « l'un des abus les plus ordinaires qui se commettaient dans les faillites » et, quatre ans après la loi de 1838, un arrêt du Tribunal correctionnel de la Seine évoquait encore « le scandale des traités que la législation antérieure avait laissé s'établir » (14). La doctrine (15) et la littérature en dénonçaient la fréquence. Dans « Grandeur et décadence de César Birotteau » (16), Bal-

(9) La faillite était réputée ouverte le jour où le débiteur avait cessé ses paiements ; le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens à compter du jour de la faillite, on en déduisait que tous les actes qu'il avait pu faire étaient inopposables à la masse.

Cf. PARANT, discussion à la Chambre des Députés, séance du 10 février 1835, *Moniteur*, 11 fév. 1835, p. 300, col. 2 *in fine*.

TESTE, Discussion à la Chambre des Députés, séance du mercredi 28 mars 1838, *Moniteur*, 29 mars, page 719, col. 3, *in fine*.

(10) Présentation du projet à la Chambre des Pairs, séance du 17 janv. 1837, *Moniteur*, 18 janv. 1837, p. 122, col. 2 ; rapport de Quénault à la Ch. des Députés, séance du 17 mars 1858, *Moniteur*, 22 mars, p. 636 ; DE GOLBERY, discussion à la Ch. des Députés, séance du 29 mars 1838, *Moniteur*, 20 mars 1938, page 750.

(11) PARANT, précité, *Moniteur officiel* 11 fév. 1835, p. 300, col. 3, *in principio*.

(12) Cass. 19 juin 1832, S. 32.I.150.

(13) *Journal des Audiences*, 1825.II.138.

(14) 12 mai 1842, DALLOZ, *Répertoire de Législation, de Jurisprudence et de Doctrine*, V° Faillite, page 471, note 1.

(15) ROUILLON, *Essai sur la loi des faillites*, 1828, p. 67 et 98 ; RENOUARD, Rapport à la Ch. des Députés, le 26 mars 1835, *Moniteur*, 31 janv. 1837, p. 221, 1re col. *in fine*.

(16) Paru en 1837

zac, qui constate que la faillite du parfumeur s'était honnêtement déroulée, avouait qu'elle était « une des plus rares curiosités commerciales qui se fussent vues » (17). L'habitude était contraire en effet. « Un homme est admiré — écrit-il — s'il se couvre. Se couvrir, c'est s'emparer de quelques valeurs au détriment des autres créanciers » (18).

On aurait pu croire que des abus si criants auraient eu de retentissants échos au Parlement lors des discussions qui précédèrent le vote de la loi de 1838 et que les rapports auxquels elle donna lieu les auraient stigmatisés avec véhémence. Au contraire, les articles 597 et 598 semblent avoir passé inaperçus, à plus forte raison le problème de leur conciliation avec l'article 447. Seuls, le Garde des Sceaux (19) dans la présentation du projet à la Chambre des Députés en 1834 et le rapporteur (20) dans le premier rapport, prirent-ils le soin de les justifier ; il n'y sera plus fait allusion que lors du débat final à la Chambre des Députés, en 1838 (21).

De ces rapports et de cette allusion, il résulte (22) que le législateur visait par les articles 597 et 598 les seuls traités conclus après la déclaration de faillite. Le texte lui-même de l'article 597 peut, si on l'examine de près, être invoqué en ce sens. Il vise les traités d'où résulterait un avantage particulier en faveur d'un créancier « à la charge de l'actif du *failli* » ; or, le commerçant n'est « failli » qu'après le jugement déclaratif. Par ailleurs, la disposition précitée de l'art. 597 est encadrée par deux dispositions qui supposent nécessairement que l'acte incriminé a été accompli après la déclaration de faillite ; la première a trait aux avantages concédés aux créanciers à raison de leur vote au concordat, la seconde envisage l'hypothèse où le créancier qui a enfreint les dispositions de l'article est le syndic.

En cet état du droit, dans les rares hypothèses où elle a appliqué les articles 597 et 598 aux actes accomplis par le débiteur entre la cessation de ses paiements et le jugement

(17) Balzac, *Œuvres complètes*, tome VIII, Michel Lévy, éditeur, 1869, p. 556.
(18) *Id.*, page 558
(19) Séance du 1er déc. 1834, *Moniteur*, 3 déc., page 2152.
(20) Renouard, *Moniteur*, 31 janv. 1835, p. 225, col. 1 *in fine*.
(21) Garde des Sceaux, séance du 5 avril 1838, *Moniteur*, p. 813.
(22) En particulier, rapport du Garde des Sceaux, le 1er déc. 1834

déclaratif, la jurisprudence s'est méprise. A la vérité, la jurisprudence n'a été conduite à cette solution que par souci de logique. Le processus de son raisonnement est simple à reconstituer. La jurisprudence appliquait les articles 597 et 598 au cas de concordat amiable en dehors de toute faillite déclarée, conformément à sa conception de la faillite virtuelle (23). Or, la cessation des paiements du débiteur est la condition suffisante de la faillite virtuelle ; elle devenait donc la condition d'application des articles 597 et 598. Lorsqu'il s'est agi d'appliquer ces articles au cas de faillite déclarée, la jurisprudence s'est trouvée liée ; il ne lui était plus possible de limiter l'application des articles envisagés aux actes accomplis après le jugement déclaratif, d'où l'affirmation que « les articles 597 et 598... s'appliquent dans tous les cas de cessation des paiements, que la faillite ait été ou non judiciairement déclarée » (24).

En définitive, à l'intérieur de la période de temps pendant laquelle le principe de l'égalité est appelé à jouer, l'égalité est conçue suivant deux méthodes différentes : d'une manière souple à l'égard des actes accomplis entre le jour de la cessation des paiements et la déclaration de faillite, leur annulation étant subordonnée à la connaissance par le créancier de la cessation des paiements du débiteur et au bon vouloir du juge (25) ; d'une manière rigide à l'égard des actes accomplis après le jugement déclaratif, exclusive de toute prise en considération de la bonne foi du créancier (26). Des considérations tirées de la protection du crédit justifient l'instauration de ce double régime. Lorsqu'en effet la faillite est déclarée, on peut faire produire au principe de l'égalité ses conséquences les plus rigoureuses. Aucun argument tiré de la protection du crédit ne peut être invoqué. En revanche, le risque d'annulation automatique de tous les actes passés après la cessation des paiements et avant le jugement déclaratif méconnaîtrait les nécessités du crédit.

Conçue différemment, cependant, suivant la date à laquelle

(23) Par ex., Req. 25 nov. 1935, J. F. 37.121 ; Req. 17 oct. 1939, D. H. 40.4.
(24) Req. 17 oct. 1939, précité.
(25) La connaissance de la cessation des paiements n'est pas exclusive de la bonne foi du créancier ; Req. 4 déc. 1944, G. P. 45.I.24.
(26) Cass. 26 janv. 1919, J. F. 20.5.

les actes contraires à l'égalité ont été accomplis, la sanction qui atteint ceux-ci suppose toujours pour s'appliquer que l'acte soit à la charge de l'actif. Cette condition est essentielle. En l'absence de cette condition, l'intérêt dont il doit être justifié pour qu'une action en justice puisse être intentée serait inexistant.

Les solutions auxquelles aboutit la jurisprudence française sont celles du droit italien de 1942. Les difficultés soulevées en droit français par le chevauchement des articles 446, 447 et 598 ne s'y rencontrent pas. La loi de 1942 n'a pas reproduit l'article 866 du Code de 1882, qui était analogue à nos articles 597-598. La Doctrine d'ailleurs a immédiatement fait observer que l'absence d'une sanction pénale ne signifiait pas qu'il fût devenu licite de méconnaître le principe de l'égalité (27).

64. — Sort des actes non expressément visés par le Code.

L'application des articles 446 et 447 d'une part, 597 et 598 d'autre part, semblerait suffire à atteindre tous les actes d'où résulterait une rupture de l'égalité entre les créanciers. Pris à la lettre cependant, les articles 446 et 447 laissent hors de leur portée les actes destructeurs de l'égalité auxquels le failli est resté étranger ou n'a pas participé activement ; les articles 597 et 598, applicables aux traités clandestins (1), ne peuvent, par ailleurs, atteindre les stipulations d'inégalité incluses ostensiblement dans les concordats. La question se pose alors de savoir si ces actes et stipulations, faute de tomber sous le coup d'un texte exprès, doivent être déclarés valables, ou si, en vertu du principe de l'égalité qui a inspiré les articles 446 et 447 et les articles 597 et 598, ils pourront être annulés. On peut prévoir une réponse affirmative.

S'ensuivra-t-il alors que tous actes auxquels le failli est resté étranger, que toutes stipulations concordataires, d'où résulterait un avantage au profit d'un créancier devra être annulé ? La question des limites à l'application du principe de l'égalité quant aux actes se trouve ainsi posée. Ces limites résultent de ce que ne sont soumis, en effet, à la règle de l'égalité que

(27) LORDI, *Il fallimento*, 1946, page 141.

64. — (1) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome III, n° 1552.

les actes d'où résulterait, pour un créancier ou un groupe de créanciers, un avantage à la charge de l'actif.

On étudiera successivement :

— L'application du principe de l'égalité aux actes auxquels le débiteur est resté étranger ou n'a pas participé activement.

— L'application du principe de l'égalité au concordat.

— Les limites à l'application du principe de l'égalité quant aux actes.

CHAPITRE PREMIER

L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ AUX ACTES AUXQUELS LE DÉBITEUR EST RESTÉ ÉTRANGER OU N'A PAS PARTICIPÉ ACTIVEMENT

---

65. — Introduction.

Les actes volontaires passés entre créanciers et débiteurs ne sont pas les seuls qui soient susceptibles de porter atteinte à la règle de l'égalité. Pendant la période suspecte, l'égalité peut être rompue également au profit d'un créancier par des actes auxquels le débiteur est resté étranger ou par des actes auxquels il n'a pas participé activement. La question de la validité de ces actes n'est tranchée par aucun texte. Un premier point cependant est certain : ces actes sont valables dans la mesure où ils ne sont pas à la charge de l'actif. Ainsi, un créancier peut valablement renoncer à ses droits au profit d'un autre créancier ; un créancier peut obtenir d'un tiers le paiement intégral de sa créance. On aura l'occasion d'examiner cette règle en déterminant les limites à l'application du principe de l'égalité quant aux actes (1).

En revanche, il est plus délicat, devant les incertitudes, voire les contradictions, de la jurisprudence, de déterminer le régime des actes auxquels le débiteur est resté étranger ou n'a pas participé activement, lorsque ces actes sont constitutifs pour un créancier d'avantages à la charge de l'actif.

L'inopposabilité de ces actes semblerait cependant ne pas pouvoir être mise en discussion. Si l'on se réfère à la volonté

65. — (1) *Infra*, chapitre III, pages 215 et s.

du législateur, la cessation des paiements fixe la position des créanciers ; elle crée un obstacle invincible à la validité de tous actes d'où résulterait un avantage quelconque de l'un des créanciers à la charge de l'actif. Tous doivent passer au crible du principe de l'égalité Tel est effectivement la règle : seule la détermination des moyens susceptibles de procurer le résultat poursuivi fait difficulté. Mais, ainsi posée, la règle souffre une importante exception relative aux opérations judiciaires dirigées par un créancier contre le failli pendant la période suspecte et aboutissant à des décisions de caractère attributif. Pour des raisons que l'on exposera, ces décisions judiciaires ne peuvent être annulées. On étudiera dans la première section de ce chapitre, l'inopposabilité à la masse des actes auxquels le débiteur est resté étranger lorsqu'ils sont à la charge de l'actif ; la deuxième section sera consacrée à l'examen du régime spécial aux actes judiciaires.

Section I

INOPPOSABILITÉ A LA MASSE DES ACTES PASSÉS PAR UN CRÉANCIER PENDANT LA PÉRIODE SUSPECTE ET AUXQUELS LE DÉBITEUR EST RESTÉ ÉTRANGER, LORSQU'ILS SONT A LA CHARGE DE L'ACTIF

66. — Exposé des solutions de la jurisprudence.

La jurisprudence déclare inopposables à la masse les actes auxquels le débiteur est resté étranger, mais on sera frappé par la contradiction qui règne parmi les motifs qu'elle invoque pour fonder ses solutions ; elle invoque tantôt l'article 446, tantôt l'article 447 du Code de Commerce.

C'est au régime de l'article 447 que la jurisprudence soumet la subrogation que la femme consent de son hypothèque légale à un créancier de son mari, postérieurement à la date de la cessation des paiements de celui-ci (1).

66. — (1) Sur cette question, cf. Comet, *Restrictions des droits de la femme en cas de faillite du mari*, thèse, Lyon 1936, pages 176 à 186 ;

On suppose qu'une femme mariée s'est portée caution envers un créancier de son mari et a subrogé le créancier dans l'hypothèque légale qui naît à son profit en vertu de l'article 2135 du Code Civil. Le but de l'opération apparaît clairement. Si la créance du créancier était déjà née au jour du cautionnement et de la subrogation, le créancier a essayé, à la suite de l'intervention de la femme et de la subrogation à l'hypothèque née de cette intervention, d'obtenir une sûreté en garantie de la créance qu'il possédait, c'est-à-dire, en définitive, d'éluder l'article 446, alinéa 4, d'où résulte l'interdiction de la constitution de sûretés pour dettes antérieurement contractées. Il se peut aussi que la naissance de la créance soit concomitante au cautionnement et à la subrogation ; dans ce cas, comme dans le précédent, le créancier a espéré que l'hypothèque dont il bénéficierait et qu'il aurait pu aussi bien exiger du failli au second cas, serait hors d'atteinte de toute action en nullité, puisque l'hypothèque née en la personne de la femme est une hypothèque légale et qu'en principe, les nullités de la période suspecte n'atteignent pas les hypothèques légales.

Dans les deux cas, la Cour de Cassation a fait justice du procédé (2).

Elle a jugé cependant que l'article 446 ne saurait être utilement invoqué (3). Cet article n'annule en effet à l'égard de la masse que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires constituées sur les biens du failli pendant la période suspecte pour dettes antérieurement contractées. Par surcroît, la Cour de Cassation a fait état de ce que « l'article 446 ne visait que les *actes émanant du commerçant* en état de cessation de paiements » (4).

En revanche, la Cour de Cassation a fait application de

GRANET, *Des restrictions à l'assiette et à l'étendue de l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite du mari*, thèse, Aix 1938,, pages 172 à 180.

(2) La subrogation serait valable si la femme avait entendu subroger le créancier dans les effets de l'hypothèque légale née à son profit en garantie de ses reprises : Civ. 27 avr. 1881, D. 81.I.295. Il est indifférent à la masse que ce soit un créancier du mari, plutôt que la femme qui se prévale de l'hypothèque.

(3) Req. 7 nov. 1848, D. 48.I.241 ; Civ. 25 juill. 1860, D. 60.I.330 ; Civ. 5 nov. 1937, J. F. 38.8.

Contra : Poitiers, 19 janv. 1860, D. 60.II.25.

(4) Civ. 5 janv. 1937, J. F. 37.8 ; Req. 16 nov. 1892, D. 93.I.68.

l'article 447 (5) et jugé, en conséquence, que la nullité pourrait être prononcée si la femme et le créancier connaissaient l'état de cessation de paiements du débiteur (6). Sur le fondement de l'article 447 encore, la Cour de Cassation a même jugé qu'en l'absence de toute subrogation, la femme qui aurait cautionné son mari après la cessation des paiements de celui-ci, ne pourrait opposer à la masse l'hypothèque de l'article 2135 (7). En effet, même non subrogé, c'est le créancier bénéficiaire du cautionnement qui profiterait en définitive de l'hypothèque. En l'exerçant, la femme trouverait le moyen de désintéresser le créancier ; si elle ne l'exerçait pas, le créancier pourrait s'en prévaloir en son nom par le moyen de l'action oblique.

Le droit italien ignore les difficultés du droit français relativement à la question envisagée. La femme n'y a pas d'hypothèque en garantie du remboursement des créances qu'elle aurait contractées avec son mari.

Alors que la Jurisprudence applique l'article 447 à la subrogation que la femme consent de son hypothèque légale à un créancier de son mari, ce n'est plus cet article, mais l'article 446 que des arrêts anciens de Cours d'Appel (8) ont invoqué pour juger la compensation légale inopposable à la masse de la faillite au cas où, pour échapper à la loi du dividende, un créancier du commerçant — futur failli — aurait cédé sa créance pendant la période suspecte à un débiteur de ce dernier. Suivant les motifs de l'un de ces arrêts, qui invoque aussi le principe de l'égalité (9), l'article 446 atteint toutes combinaisons préparées pour obtenir, par des voies détournées, des résultats contraires à ses dispositions et éteindre une dette du failli à l'aide de ses créances (10). Quant à la

(5) Civ. 24 déc. 1860, D. 61.I.71 ; Req. 11 déc. 1876, D. 77.I.369 ; Civ. 27 avr. 1881, D. 81.I.295 ; Req. 18 avr. 1887, D. 87.I.155 ; Civ. 5 janv. 1937, J.-F. 37.8 ; Trib. civ. Béthune, 16 mai 1946, J. C. P. 1947.II.3596, Ed. N.

(6) Civ. 5 janv. 1937, précité.

(7) Civ. 15 mai 1850, S. 50.I.609.

(8) Orléans, 1er fév. 1853, D. 53.2.167 ; Paris, 18 janv. 1865, S. 65.II.281, note Alauzet et Revue Critique 1865, commentaire Genreau, page 385 ; Aix, 22 juin 1869, S. 71.II.27 ; *contra :* Metz, 16 juil. 1845, D. 45.II.14.

(9) Orléans et Paris précités.

(10) Paris, précité

Doctrine (11), elle a vu dans l'acte incriminé l'acte volontaire que la loi pourchasse et a fait sienne la thèse des arrêts.

De l'hypothèse que l'on vient d'examiner, on peut rapprocher celle plus actuelle du virement en banque, ordonné dans les circonstances suivantes pendant la période suspecte qui a précédé la faillite du banquier.

Un client, dont le compte courant était créditeur, fait virer des sommes importantes au compte d'un autre client, dont le compte courant était débiteur. En l'absence de ce virement, le client dont le compte courant était créditeur, aurait produit à la faillite du banquier ; il aurait été payé du solde au marc le franc ; le client dont le compte était débiteur aurait versé le montant du solde à la masse de la faillite. Du fait du virement, le compte courant débiteur a cessé d'être débiteur, et le compte courant créditeur a cessé d'être créditeur ; le titulaire du compte créditeur échappe ainsi à la loi du dividende. La Cour de Cassation (12) a jugé qu'un tel virement tombait sous le coup de l'article 446 s'il avait constitué un simple artifice concerté entre le titulaire du compte créditeur et le titulaire du compte débiteur et destiné à faire échec à la loi de l'égalité.

Sans doute en droit, l'hypothèse du virement diffère-t-elle de l'hypothèse de la compensation résultant de la cession par un créancier du futur failli de sa créance à un débiteur de ce dernier. Dans l'hypothèse de la compensation, le futur failli est resté en dehors de l'opération ; dans l'hypothèse du virement, au contraire, le banquier est intervenu dans l'opération ; celle-ci n'a même pu être réalisée sans son consentement (13).

A la vérité, si le consentement du banquier est nécessaire, le banquier ne peut le refuser. Comme on l'a montré (14), le consentement du banquier n'est pas libre ; en acceptant de

(11) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome I, n° 627 *bis* ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, n° 362.

(12) Civ. Cass. 15 juil. 1936, S. 37.I.43 et sur renvoi Amiens, 7 déc. 1937, S. 38.I.38, note H. ROUSSEAU ; Comp. Douai, 1er mai 1931 (S. 33.II.57, note DROUILLAT), qui a donné lieu à l'arrêt de cassation ; dans une espèce identique, Civ. Rej. 19 mars 1867, S. 67.I.247 avait justifié l'application de l'art. 446 en analysant le virement en un paiement par transport de créances. *Sic.* Douai, 1er mai 1931, S. 33.II.57.

(13) HAMEL, *Banques et opérations de banque*, tome II, 1943, n° 827.

(14) HAMEL, *op. cit.*, nos 820 et 827.

tenir le compte de son client, le banquier a pris tacitement l'engagement d'effectuer tous virements qui lui seraient ordonnés, à condition au moins qu'il existe provision au compte du donneur d'ordre. Si le banquier refusait indûment son consentement, le Tribunal pourrait décider que son jugement remplacerait le consentement du banquier. En fait, la participation du banquier à l'opération est donc inexistante. S'il est en effet effectué matériellement par lui, le virement est décidé en dehors de lui (15).

67. — Critique de la jurisprudence.

Les contradictions auxquelles aboutit la jurisprudence sont aisées à mettre en évidence.

Si, comme l'affirme la jurisprudence, à propos de la subrogation consentie par la femme, l'article 446 ne vise que « *les actes émanant du commerçant* », à tort l'applique-t-elle à d'autres actes auxquels il est resté étranger. A tort aussi applique-t-elle l'article 447 à la subrogation. L'expression de l'article 447 « acte passé par le débiteur » ne peut avoir une portée différente de l'expression de l'article 446 « acte fait par le débiteur ». Les articles 446 et 447 se relient étroitement l'un à l'autre ; si l'un est inapplicable, l'autre doit l'être également. C'était la solution qu'avait adoptée un arrêt ancien de la Cour de Cassation du 17 août 1849 (1), d'après lequel « les articles 446 et 447 sont sans application à une contestation... où... le failli n'est pas en cause... ».

On n'a d'ailleurs pas donné de bonne raison de l'application à la subrogation consentie par la femme de l'article 447.

Pour certains (2), « l'opération dont il s'agit n'est pas un acte du failli au sens étroit du mot, mais c'est une opération... qui équivaut à un acte fait par lui ». On répondra immédiatement que, s'il s'agit d'un acte qui doit être, en réalité, considéré comme un acte du failli, c'est non pas l'articele 447 qui doit être appliqué, mais l'article 446 qui annule la constitution d'hypothèque pour dettes antérieurement contractées.

D'autres auteurs (3) se sont efforcés de démontrer que

(15) Douai, 1er mai 1931, précité.

67. — (1) S. 1849.I.389.

(2) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VII, n° 381 *ter*, p. 463.

(3) PERCEROU et DESSERTEAUX, n° 647.

l'application de l'article 447 était justifiée parce qu'il atteindrait en réalité un acte du failli, à savoir le mandat par lequel le commerçant aurait chargé sa femme de se porter caution ; ce mandat découlerait implicitement de l'autorisation donnée par le mari à sa femme de s'engager. Pour ingénieuse qu'elle soit, l'explication de ces auteurs ne saurait être retenue ; on notera, d'ailleurs, immédiatement qu'elle fournit implicitement un argument supplémentaire à qui soutiendrait avec nous que l'article 447 est inapplicable aux actes auxquels le débiteur est resté étranger.

L'article 447, en effet, s'applique aux actes à titre onéreux ; or, le mandat est, en principe, un contrat à titre gratuit (4) et l'obligation éventuelle du mandant d'indemniser le mandataire de ses débours n'a pas pour effet de transformer le mandat en acte à titre onéreux (5) ; le fait d'ailleurs que le recours du mandataire soit assorti d'une garantie réelle ne modifie pas la solution.

Le caractère d'acte à titre gratuit du mandat donné par le mari ne pourrait davantage, en dépit des objections déjà faites, justifier l'application de l'article 446 qui annule « lorsqu'ils auront été faits par le débiteur... tous actes à titre gratuit », car, à la suite du mandat, ce n'est pas le mari débiteur qui rend le service désintéressé, mais la femme.

L'adoption de l'explication des auteurs que nous critiquons aboutit d'ailleurs à des conséquences que ces auteurs répudient, sans en donner la raison. D'après eux, seule l'hypothèque légale née du cautionnement serait inopposable à la masse, mais le contrat de cautionnement passé par la femme serait valable. Ce résultat est pour nous inexplicable ; l'annulation du contrat de mandat doit entraîner, non seulement l'annulation de l'hypothèque, mais également l'annulation du contrat de cautionnement.

La théorie de ces auteurs est enfin insuffisante à un double point de vue.

(4) BEUDANT, tome VIII, par LAGARDE, n° 40, page 27 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, tome VI, par ESMEIN, n° 37, page 44 ; COLIN et CAPITANT, tome II, 7e éd. par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1942, n° 24, page 18 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Des Obligations*, tome I, n° 16.

(5) BOITARD, *Le contrat de services gratuits*, thèse, Paris, 1943, pages 188 *in fine* et 189 ; rapp. POTHIER, *Traité des contrats de bienfaisance, Contrat de mandat*, section I, n° 68.

D'après eux — et d'après la Cour de Cassation — au cas où la cessation des paiements du mari commerçant n'a été connue que du créancier, non de la femme, le créancier peut se prévaloir de l'hypothèque dans laquelle il a été subrogé, alors qu'il a sciemment contrevenu à la règle de l'égalité.

Par ailleurs, l'explication critiquée suppose l'existence d'un rapport de droit entre mari et femme ; elle laisse le problème posé sans solution lorsque ce rapport n'existe pas, parce que la femme a agi en dehors de son mari et en l'absence de toute intervention de sa part (6).

Au terme de cette discussion, la conclusion est simple à dégager. Pas plus que l'article 446, l'article 447 n'est susceptible de s'appliquer aux actes auxquels le débiteur est resté étranger. Ces actes seraient inattaquables. Ainsi se trouverait généralisée la solution donnée par la jurisprudence pour les actes judiciaires, ainsi qu'on le verra ultérieurement. En ce sens, on pourrait d'ailleurs soutenir que lorsque le législateur a voulu frapper des actes auxquels le débiteur n'avait pas participé, il a pris soin d'intervenir. Ainsi par l'article 448 alinéa 2, il a décidé que les inscriptions d'hypothèque ou de privilège prises par un créancier pendant la période suspecte pourront être annulées lorsqu'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif et celle de l'inscription.

Impuissant à les atteindre, il faudrait donc se résigner à consacrer des inégalités. C'était le parti qu'adoptait, dans le silence du code de 1882, une fraction importante de la doctrine et de la jurisprudence italiennes qui se prononçaient, par exemple, pour la validité de la cession de créance faite par un créancier du futur failli à l'un des débiteurs de ce dernier (7). Cette solution a d'ailleurs été consacrée par la loi de 1942 (8).

(6) La femme est, par exemple, une femme séparée de biens.

(7) Casimiro Cavarelli *Teoria della compenzazione*, Pise 1930, n° 97 ; Bonelli *op. cit.* n° 440 ; Bolaffio, *Foro italiano* 1889.1194 ; Sacerdoti, note sous Cass. Naples, 4 mai 1904, Rivista 1905.II.221, et, particulièrement, page 230 ; Brignardello, *Atti del fallito*, page 109 ; Appel, Gênes, 12 déc. 1884, *Foro Italiano*, 1885.339 ; Appel, Cagliari, 2 août 1888, Giurisp. It. 1889.51.

Contra : Cass. Rome, 12 avr. 1889, Giurisp. It. 1882.I.536 ; Gagliano, *Compenzazione nel fallimento*, Giurisp. Ital. 1902.4.

(8) Art. 56, Loi du 16 mars 1942. La compensation cependant ne se produit pas lorsque la cession de la créance a eu lieu dans l'année qui a précédé la déclaration de faillite si la créance n'est pas échue au

Semblable attitude constituerait une abdication. Le but à atteindre est clair : la sauvegarde de l'égalité entre les créanciers. Le problème est de déterminer le procédé technique susceptible d'y parvenir.

68. — Moyens susceptibles d'assurer l'égalité.

Pour atteindre les inégalités qui résultent des actes auxquels le débiteur est resté étranger, alors même que l'on considère, en partant de la jurisprudence, que les articles 446 et 447 sont inapplicables, les moyens auxquels il est possible de recourir sont nombreux.

On songe immédiatement à faire appel à la règle « fraus omnia corrumpit » et à soutenir que le créancier, pour avoir sciemment agi en contravention de la règle de l'égalité, s'est rendu coupable de fraude (1). L'inopposabilité de son acte à la masse en résulterait.

Ce moyen de rétablir l'égalité n'est toutefois pas satisfaisant. On a vu, précédemment, qu'à exiger l'existence de la fraude, on sortait du cadre général des nullités de la période suspecte. D'ailleurs, le créancier qui cherche à obtenir son paiement n'est pas nécessairement un « fraudator », dont la volonté est mue par la volonté de nuire (2). Au surplus, si l'on a affirmé l'existence d'une action générale de fraude (3), on n'a jamais précisé ses conditions d'application.

Dans la dépendance de la théorie de la fraude cependant, on trouve deux concepts à la fois plus précis et plus compréhensifs, le concept de l'abus de droit et celui de la cause, qui n'encourent pas le reproche fait à l'utilisation de la règle « fraus omnia corrumpit ».

« Le droit de faire des actes juridiques est, comme tous les autres actes, susceptible d'abus » (4). Or, il y a manquement juridique dans l'agissement de celui qui, ayant connaissance de la cessation des paiements de son débiteur, passe avec un tiers un contrat de nature à porter atteinte à la loi de l'égalité.

jour du jugement déclaratif (art. 56, al. 2) ; cf. Lordi, *Il fallimento*, page 35 et s.

68. — (1) Rapp Hamel, tome II, n° 841.
(2) Ripert et Boulanger, tome II, n° 1431.
(3) H. Mazeaud, chronique, D. H. 1935, p. 6.
(4) Ripert, *La Règle morale*, n° 170.

Le créancier qui a conclu l'acte destructeur de l'égalité a commis un abus de droit dont il doit réparation par application de l'article 1382 du Code civil ; la réparation la plus adéquate consistera à l'obliger à ne pas se prévaloir du contrat s'il n'a pas encore été exécuté (5). Ainsi, au cas de subrogation, le créancier sera contraint de remettre dans la masse une somme égale à celle que la femme y aurait prise en vertu de son hypothèque légale, diminution faite des dividendes que ce créancier, même non cautionné, aurait reçus.

On a objecté, il est vrai (6), que pour que l'article 1382 du Code Civil pût être applicable, la preuve d'une fraude caractérisée était nécessaire et que la simple connaissance de la cessation de paiements serait insuffisante. C'est oublier que l'article 1382 permet de réprimer même les fautes les plus légères. On peut d'ailleurs tirer argument de ce que, par application de l'article 1382, la jurisprudence annule le contrat de vente conclu au mépris d'une promesse de vente préexistante, à la seule condition que l'acheteur en ait connu l'existence, et sans qu'il soit nécessaire que la preuve soit faite d'un concert frauduleux entre acheteur et vendeur (7). On peut, toutefois, se demander si l'utilisation qui serait faite de l'article 1382 n'en méconnaîtrait pas la fonction propre. On a en effet à juste titre dénoncé « l'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile (8) ».

L'utilisation de la théorie de la cause illicite, si l'on prend le concept de cause dans sa large acception jurisprudentielle, constitue un autre procédé susceptible de procurer l'établissement de l'égalité entre les créanciers. Dans la doctrine de la cause illicite en effet, « tout acte juridique, quel que soit l'objet licite en soi des obligations qu'il engendre, est vicié et dénué d'efficacité si les engagements qui en résultent sont destinés à procurer ou à faciliter un acte illicite » (9). Or, subrogation consentie par la femme à un

(5) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, tome II, page 108, n° 995, *in fine*.
(6) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome I, n° 648 *bis* ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VIII, n° 381 *ter*.
(7) Civ. 13 nov. 1929, D. 1929.I.131 (sol. impl.). Rapp. BESANÇON, 13 nov. 1911, S. 1912.II.166
(8) H. MAZEAUD, *L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile*, chronique D. H. 35.5.
(9) PLANIOL et RIPERT, tome VI, par ESMEIN, n° 277.

créancier du mari, cession d'une créance à un débiteur du failli par un de ses créanciers, etc..., sont parfaitement licites lorsqu'on les considère en elles-mêmes. Elles sont critiquables, au contraire, dès lors qu'elles ont pour but de faire échec à l'égalité entre les créanciers. En effet, le mobile animateur des volontés individuelles est en l'espèce d'une nature incontestablement illicite. Ainsi, par le fait qu'ils connaissaient, l'un et l'autre, la cessation des paiements du débiteur, le créancier et la femme du débiteur, qui subroge le créancier dans son hypothèque légale, étaient conscients du caractère répréhensible de leur acte et poursuivaient en commun un but illicite ; la sanction de l'article 1131 apparaît donc comme pleinement justifiée. Et même, pour que l'article 1131 puisse être invoqué contre le créancier, il ne semble pas qu'il soit nécessaire que créancier et femme de commerçant aient eu connaissance commune du but illicite ; il suffit que cette connaissance ait existé chez le créancier (10).

L'application de l'article 1131 suscitera, peut-être, la critique de dépasser le résultat cherché ; elle entraîne, en effet, la nullité absolue de l'acte envisagé, alors que les articles 446 et 447 du Code de Commerce ou l'article 1382 du Code Civil conduisent à une simple inopposabilité. La jurisprudence, il est vrai, ne pourrait, éventuellement, s'arrêter à cette différence puisque, contrairement à la doctrine, elle considère que les articles 446 et 447 conduisent non pas à une simple inopposabilité, mais à une nullité absolue (11).

A la vérité d'ailleurs, est-il besoin de recourir à l'abus de droit et à la faute ou à la cause illicite ? Pourquoi, réservant avec la jurisprudence, l'application des articles 446 et 447 aux seuls actes auxquels le failli est intervenu activement, ne pas faire appel sans détour au principe de l'égalité entre les créanciers dans la faillite et déclarer en son nom inopposables à la masse tous actes qui rompraient l'égalité, auxquels le failli n'aurait pas participé activement. Le principe de l'égalité suffit, à soi seul, pour justifier l'inopposabilité des actes qui l'enfreindraient. Faut-il aller cependant jusqu'à

(10) Rapp. RIPERT et BOULANGER, tome II, page 119.

11) Civ. 11 déc. 1889, D. 90.I.193 ; Req. 19 mars 1945, D. 45, J. 329, note PERCEROU.

poser en règle que tous actes auxquels le failli n'aurait pas participé devraient être déclarés inopposables à la masse du seul fait que, considérés objectivement, ils enfreignent le principe d'égalité. Semblable solution serait trop brutale et manifestement exagérée ; elle dépasserait celle que le Code de Commerce a adoptée à l'article 447, au cas où le débiteur a participé activement à l'acte litigieux, et méconnaîtrait la volonté du législateur. La disposition de l'article 447, d'après laquelle les actes à titre onéreux passés par le débiteur après la date de la cessation des paiements ne sont susceptibles d'être annulés qu'au cas où le créancier a agi en connaissance de la cessation des paiements du débiteur, constitue une disposition de droit commun de la législation de faillite relative à la période qui suit la cessation des paiements. Cette disposition, que l'on pourrait appeler « disposition du créancier le plus favorisé », doit pouvoir être invoquée par le créancier qui bénéficie d'un acte auquel le débiteur n'a pas participé activement.

Pourtant le résultat positif auquel on aboutit ne doit pas faire illusion. Tous les actes contraires à l'égalité et auxquels le débiteur n'a pas apporté une participation active, ne sont pas susceptibles d'être frappés d'inopposabilité ; les opérations judiciaires dirigées contre lui font exception.

Section II

VALIDITÉ DES DÉCISIONS JUDICIAIRES INTERVENUES PENDANT LA PÉRIODE SUSPECTE EN DÉPIT DE L'ATTEINTE QU'ELLES PORTENT A L'ÉGALITÉ

69. — Les solutions de la jurisprudence.

Parmi les actes non visés par les articles 446 et 447 et qui sont constitutifs d'inégalités à la charge de l'actif, la jurisprudence dominante, généralement approuvée par la doctrine contemporaine, applique un régime à part aux opérations judiciaires dirigées ou exécutées contre le failli par un créancier pendant la période suspecte et qui ont abouti à des

décisions ou jugements à caractère attributif. La jurisprudence refuse de les annuler. A proprement parler, il ne s'agit pas d'actes auxquels le failli est resté étranger, mais d'actes auxquels il n'a pas participé activement et qui lui ont été imposés.

Tels sont les jugements qui établissent une compensation judiciaire pendant la période suspecte ; on en rapprochera les jugements qui prononcent, pendant la même période, la résolution d'un contrat de vente mobilière. On retiendra également les jugements de validité de saisie-arrêt (1).

De même, en matière de distribution par contribution ou d'ordre (dans ce dernier cas, s'il existe un excédent à distribuer entre les créanciers chirographaires), l'ordonnance de clôture, à qui l'autorité de la chose jugée est reconnue (2), confère un droit privatif sur les sommes à distribuer aux créanciers qui ont produit dans les délais légaux, à l'exclusion des créanciers non produisants (3). On suppose d'ailleurs que la production et l'ordonnance portant règlement définitif et ordonnant la délivrance des bordereaux de collocation, sont intervenus pendant la période suspecte.

On citera encore les jugements qui ont validé, pendant la même période, les offres réelles suivies de consignation.

Pour rejeter l'application des articles 446 et 447 aux opérations judiciaires, doctrine et jurisprudence font état de ce que l'article 446 et l'article 447 frappent les seuls actes *volontaires* du débiteur. L'article 446 déclare nuls de droit certains paiements « faits par le débiteur » et, l'article 447, susceptibles d'être annulés, les actes à titre onéreux « par lui passés » ; on fait valoir que ces articles sont des dispositions exceptionnelles qui doivent être appliquées restrictivement aux actes juridiques en vue desquels ils ont été spécialement édictés. Or, les actes judiciaires dont s'agit ne sont pas des actes souscrits librement et volontairement par le failli, mais

69. — (1) Le jugement de validité, en effet, qui ordonne au tiers saisi de vider ses mains entre celles du saisissant, opère au profit de ce dernier attribution des sommes ou des valeurs saisies-arrêtées, à la double condition qu'il ait acquis autorité de la chose jugée avant le jugement déclaratif (Civ. 10 juin 1931, J. F. 31.244) et qu'il ait été signifié au tiers saisi (Civ. 18 sept. 1940, G. P. 40.II.131).

(2) GLASSON, TISSIER et MOREL, tome IV, nos 1508 et 1564.

(3) GLASSON, TISSIER et MOREL, tome IV, nos 1478 et 1554.

des actes qui, en dépit même de sa volonté, lui ont été imposés (4).

Dans cette opinion, l'intervention du juge est considérée comme une garantie de la protection des droits des créanciers. Réalisés au grand jour, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les actes judiciaires — dit-on — ne peuvent donner prise au soupçon et diffèrent des actes volontaires conclus par les parties de gré à gré, loin des regards, et dont la sincérité peut être suspectée (5). On ajoute que la publicité des actes de justice fait que les tiers ont pu s'opposer à ce que la mesure proposée soit consacrée en révélant la cessation des paiements du débiteur et en provoquant sa mise en faillite. Il y a plus : les décisions de justice, à raison de l'autorité dont elles sont dotées, possèdent une particulière irrévocabilité au regard des parties comme au regard des tiers ; elles ne peuvent être attaquées par ces derniers, hormis le cas où la justice, abusée par le silence et la collusion des parties, aurait été induite en erreur. Dans cette hypothèse, — et celle-là seulement — par l'exercice de la tierce-opposition pour fraude, le syndic pourra, au nom des créanciers, poursuivre l'annulation de la décision préjudiciable à ces derniers. En l'occurrence, la

(4) *Compensation judiciaire :* Civ. 12 août 1890, S. 94.I.452 (sol. impl.) ; rapp. Cass. 21 mai 1942, G. P. 42.II.63.

Résolution judiciaire : Douai, 17 juin 1875, D. 76.II.67 ; 27 janv. 1902, D. 04.II.217 ; rapp. Civ. 12 déc. 1938, D. H. 39.106.

Saisie-arrêt : Civ. 12 déc. 1881, S. 82.I.203 ; Bourges, 14 juin 1882, D. 83.II.221 ; Rennes, 21 oct. 1927, J. F. 28.135 ; Narbonne, 13 juin 1927, D. H. 27.443 ; rapp. Colmar, 22 nov. 1934, CLUNET, 1935.912.

Ordre et contribution : Trib. Civ. Mulhouse, 1er avril 1927, G. P. 27.II. 485. — L'arrêt de la Cour de Cassation du 23 déc. 1947 (G. P. 25 fév. 1948) ne saurait être invoqué comme ayant adopté une solution contraire à celle qui est indiquée au texte. L'arrêt en effet n'a pas jugé que les nullités de la période suspecte étaient applicables à l'ordonnance de clôture de l'ordre ; l'arrêt a jugé que la nullité de l'art. 446 étant applicable aux hypothèques constituées pendant la période suspecte, leur annulation entraînait *a fortiori* celle des collocations dont les créanciers hypothécaires avaient bénéficié pendant le cours de cette même période en exécution de l'ordonnance de clôture de l'ordre.

Voir sur la question, LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, n° 408 ; LEVILAIN, D 81.I.225 ; RETROU, *La compensation en matière de faillite*, thèse, Paris, 1943, p. 81. PERCEROU et DESSERTEAUX, adoptent des solutions contradictoires : au n° 629, ils se prononcent pour la validité de la compensation judiciaire pendant la période suspecte ; au n° 1028 *bis*, ils proposent d'appliquer l'article 446 à l'action en résolution intentée pendant la période suspecte.

(5) Paris, 24 déc. 1844, D. 50.II.195 ; Narbonne, 13 juin 1927, D. H 27.443 ; Paris, 30 mars 1848, D. 48.II.91 ; Trib. Civ. de Corbeil, 15 juill. 1885, D. 90.I.161 sous Cass. 24 déc. 1889.

fraude pourra consister en ce que l'action en justice aura servi à masquer une convention interdite pendant la période suspecte (jugements de validité de saisie-arrêt, de compensation, de résolution, destinés à masquer une cession de créance, une convention de compensation ou de résolution amiable) ou en ce que l'antériorité de l'action (au cas d'action en résolution, par exemple) par rapport à la déclaration de faillite aura été assurée par un concert frauduleux ourdi entre créancier et débiteur (vendeur et acheteur, par exemple) (6) (7).

70. — Critique de la jurisprudence.

Rationnellement, les solutions de la jurisprudence et les arguments invoqués pour les étayer ne résistent pas à un examen sérieux. Le créancier qui se trouve avantagé par une décision de justice est tout aussi critiquable que celui qui aurait agi de gré à gré avec le débiteur. La décision judiciaire assure au créancier qui en bénéficie, au même titre qu'un acte volontairement accompli par le débiteur, un avantage individuel au détriment de la masse et porte une atteinte aussi grave à la loi de l'égalité. Il n'y a pas de raison, en conséquence, de traiter différemment le créancier qui a réclamé amiablement paiement au débiteur et le créancier qui a recouru, pour l'obtenir, à une procédure judiciaire, de faire grief au premier d'avoir exigé paiement alors qu'il savait son débiteur au-dessous de ses affaires, et de laisser en revanche le second à l'abri de toute poursuite.

(6) Par ex. au cas d'action en résolution, Civ. 23 juin 1937, R. F. 37.681.

(7) Outre les arguments d'ordre général précités, des arguments spéciaux à certains actes envisagés ont été invoqués.

En ce qui concerne le jugement de validité de saisie-arrêt, la production à une procédure d'ordre ou de distribution, le jugement qui statue sur la demande reconventionnelle en compensation judiciaire, on a tiré argument de ce que les poursuites individuelles étaient recevables jusqu'au jour de la déclaration de faillite pour conclure que les actes d'exécution accomplis par un créancier afin d'obtenir le paiement de ce qui lui était dû, ou l'utilisation par un créancier d'un moyen de défense mis à sa disposition par la loi, étaient inattaquables. On a fait valoir, en outre, que l'exclusion de l'ordre ou de la contribution des créanciers qui n'ont pas produit dans les délais légaux et l'attribution privative des sommes à distribuer aux créanciers qui se sont conformés aux dispositions de la loi étaient la conséquence d'une forclusion qui frappait les premiers à la suite de leur négligence. L'application de l'art. 447 au règlement d'ordre aboutirait à la réouverture de la procédure de distribution et rendrait possible la participation des créanciers retardataires, cependant forclos.

L'argument tiré de ce que, par leur réalisation au grand jour, les actes judiciaires ne peuvent donner prise au soupçon, à la différence des actes volontaires conclus par les parties de gré à gré, n'est pas pertinent. On oublie que, pour que les nullités de la période suspecte soient applicables, la preuve de la fraude n'est pas nécessaire, mais seulement l'existence d'une rupture de l'égalité au profit d'un créancier, ordinairement accompagnée de la connaissance par celui-ci de l'état de cessation de paiement du débiteur.

Exiger, dans ces conditions, pour que l'attribution judiciaire dont bénéficient les créanciers soit susceptible a posteriori d'annulation, que soit faite la double preuve de la fraude du débiteur et de la participation personnelle du créancier à la fraude, condition de recevabilité de la tierce opposition pour fraude (1), c'est sortir du cadre général des nullités de la période suspecte.

La confiance mise dans l'intervention du magistrat est d'ailleurs illusoire ; celle-ci est insuffisante, dans les faits, pour sauvegarder les intérêts de la masse. Le créancier qui doit bénéficier de la mesure qu'il a demandée au juge de consacrer de son autorité, s'est bien gardé de révéler l'état dans lequel se trouvaient les affaires de son débiteur. De son côté, le débiteur, le plus souvent, aura adhéré sans opposition à la demande du créancier ou aura déclaré s'en rapporter à justice. Dans ces conditions, le juge aura déféré à la demande dont il était saisi sans contrôle et dans l'ignorance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Le juge l'aurait-il connu, qu'il n'eût pas statué autrement en l'absence de l'intervention d'intéressés que n'aura pas parvenu à alerter la publicité légale (2).

70. — (1) GLASSON, TISSIER et MOREL, tome III, page 551 ; Civ. 21 oct. 1891, D. 92.I.168.

(2) A l'argument tiré de ce que l'application de l'article 447 au règlement d'ordre aboutirait à relever les créanciers forclos de leur forclusion, on répondra qu'il ne s'agit pas ici de rouvrir la procédure de distribution pour y faire participer les créanciers retardataires ; il s'agit d'astreindre un créancier qui connaissait la cessation des paiements et qui a produit, à rapporter à la masse les sommes qu'il a touchées. La situation est la même que lorsque le failli, après cessation de ses paiements, a vendu un de ses biens. Le bien est sorti de l'actif du failli, mais il n'en est sorti valablement que si l'acheteur n'avait pas connaissance de la cessation des paiements au moment de la vente.

71. — Obstacle invincible provenant de la règle : « Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements ».

A la vérité, on a beau accumuler les objections, le principe de l'égalité se heurte, sans qu'on puisse l'écarter, au principe traditionnel en France que « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements, hormis les cas de tierce opposition ». En l'absence de fraude — et c'est la seule hypothèse qui nous préoccupe — les décisions de caractère attributif précédemment envisagées ne pourront être annulées.

Des auteurs (1) ont cherché à éviter l'obstacle en soutenant qu'au cas au moins où le débiteur ne se serait pas opposé à la demande présentée par le créancier au tribunal, l'attribution dont aurait bénéficié ce créancier devrait être considérée comme ayant eu lieu de gré à gré et présenterait un caractère contractuel ; il y aurait lieu, en conséquence, d'appliquer les articles 446 et 447. La jurisprudence (2) ne s'est pas engagée dans la voie dans laquelle on l'invitait d'entrer. On doit l'approuver, sinon l'existence d'une véritable comédie judiciaire, qui consisterait, au cas de jugement de validité de saisie-arrêt par exemple, en ce que le débiteur nie contre toute évidence la créance saisie-arrêtée, suffirait à exclure l'application des nullités de la période suspecte.

Pour les soumettre à la tierce opposition, on pourrait soutenir, il est vrai, — c'est ce que soutiennent la doctrine (3) et une fraction de la jurisprudence italiennes — que le débiteur est en état de fraude par le fait qu'il n'a pas provoqué sa mise en faillite, comme la loi (article 438) l'y obligeait. La fraude du débiteur, jointe à la connaissance de la cessation des paiements par le créancier, rendrait possible l'exercice de la tierce opposition.

Si ce moyen méritait d'être signalé, il ne semble pas que l'on puisse s'y arrêter. Il supprime la difficulté en supposant remplie la condition qui fait défaut et encourt le même reproche que celui qui consistait à appliquer la règle « fraus omnia corrumpit » aux actes non judiciaires. Le débiteur qui s'abs-

71. — (1) LEVILLAIN, D. 81.II.225.
(2) Cass. 21 déc. 1881, S. 82.I.202.
(3) NAVARRINI, tome I, page 329 et les arrêts cités ; BONELLI, *Del fallimento*, 1re éd. n° 431.

tient de déposer son bilan n'est pas, pour autant, un « fraudator » ; le débiteur qui subit une procédure ne peut être assimilé au débiteur qui y aurait spontanément adhéré à la suite d'un concert frauduleux.

Plus habilement et avec plus de chances de succès, on pourrait peut-être soutenir que la faillite a sur la tierce opposition la même incidence que sur l'action Paulienne. De même que les conditions de l'action Paulienne sont simplifiées lorsqu'elle est exercée contre les actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte, de même la tierce opposition, exercée contre les jugements rendus à l'égard du failli pendant la période suspecte, verrait ses conditions simplifiées ; la connaissance par le créancier de l'état de cessation des paiements du débiteur serait seule requise.

Cette opinion ralliait les suffrages d'auteurs importants du XIX^e^ siècle (4) ; elle a été adoptée par plusieurs auteurs modernes (5) et quelques décisions de jurisprudence l'ont consacrée (6). Mais l'on ne manquera pas de faire observer que les atténuations apportées par les règles de la faillite au régime de l'action Paulienne sont de droit étroit, et que l'on ne peut les étendre en dehors du champ d'application qu'elles ont fixé, et surtout que les articles 446 et 447 du Code de Commerce visent les actes volontaires du débiteur alors que les actes judiciaires ici envisagés ont été imposés à sa volonté.

Reste à envisager la possibilité d'un recours à l'article 1382. On pourrait soutenir que le créancier abuse de son droit, qui, ayant connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur, intente une action en justice (action en validité de saisie-arrêt, par exemple) ou utilise en justice un moyen de défense (compensation judiciaire) d'où résultera en sa faveur

(4) BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, tome V, 1864, page 264, note ; BÉDARRIDE, *Traité des Faillites*, 4^e^ éd., tome I, 1866, n° 1194 ; ALAUZET, *Commentaire du Code de Commerce*, 2^e^ éd., tome VI, 1871, n° 2527 ; LYON-CAEN, *Revue Critique*, 1881, 276 ; THALLER, *Revue Critique*, 1883.363.

(5) THALLER et PERCEROU, *Traité Elémentaire*, 8^e^ éd. 1931, n° 1816 ; LACOUR, D. 29.I.16 ; rapp. PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, n° 1028 *bis*, qui sont d'avis de soumettre l'action en résolution à l'article 446 mais donnent une solution contraire pour la compensation judiciaire, au n° 629, tome I.

(6) Com. Marseille, 20 déc. 1912; J. F. 1914.222 ; Com. Lyon, 30 nov. 1866, D. 67.I.88 ; Paris, 18 août 1860, D. 60.V.174 ; 8 mai 1879, D. 81.I.253 ; Dijon, 8 fév. 1858, D. 60.II.38 ; 3 juil. 1874, S. 76.II.247 ; Montpellier, 8 mars 1922, J. F. 22.149.

une rupture de l'égalité et qu'en réparation de cette faute, il serait tenu de ne pas se prévaloir du jugement si celui-ci n'a pas été exécuté, ou de rapporter à la masse les sommes qu'il a touchées si le jugement a été exécuté.

L'application de l'article 1382 serait justifiée si l'on pouvait faire résulter des dispositions du Code l'obligation à la charge des créanciers de provoquer la déclaration de faillite de leur débiteur en état de cessation de paiements ou au moins de s'abstenir de poursuivre leur débiteur après la cessation des paiements de ce dernier. Semblable obligation ou interdiction n'existe pas. C'est au jour du jugement déclaratif que l'article 443 suspend les poursuites individuelles dirigées contre le débiteur. Par ailleurs, l'article 1382 ne peut servir à éluder les règles de la tierce opposition.

En définitive, c'est un procès-verbal de carence qu'il faut dresser à l'égard des actes judiciaires. Seule l'intervention du législateur pourrait assurer avec certitude le respect de l'égalité. En l'absence de toute collusion frauduleuse, la connaissance de la cessation des paiements par le créancier, au jour de la demande en justice (7 et 8) devrait suffire à ce que la masse soit fondée à méconnaître le jugement intervenu contre le débiteur.

Au total, les articles 446 et 447 ont pour domaine propre les actes volontaires passés par un créancier avec le débiteur. Le principe de l'égalité, à soi seul, suffit à atteindre les inégalités qui résulteraient des actes auxquels le débiteur est resté étranger. Au législateur, enfin, il appartiendra de soumettre à la règle de l'égalité les décisions judiciaires.

(7) D'après LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VII, page 509, PERCEROU et DESSERTEAUX, tome I, page 931, note 3, la connaissance de la cessation des paiements au jour du jugement suffirait ; cette opinion est critiquable, car le jugement n'est ni l'acte du débiteur, ni l'acte du créancier.

(8) La production à une procédure de distribution équivaut à une demande en justice (GLASSON, TISSIER et MOREL, tome IV, nos 1477 et 1594).

CHAPITRE II

L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ AU CONCORDAT

Jusqu'à ces dernières années, on n'avait jamais mis en doute que le concordat fût strictement soumis au principe de l'égalité. On admettait en conséquence que le pourcentage de réduction, l'échéance des dividendes, devaient être les mêmes pour tous les créanciers ; si le paiement des dividendes était garanti par des sûretés, tous devaient en bénéficier également.

Or, la pratique et la jurisprudence récentes, française et italienne (1), témoignent d'un relâchement dans l'application au concordat de la règle de l'égalité. Des concordats ont été homologués qui contenaient des stipulations d'inégalité et attribuaient plus à certains créanciers qu'à d'autres. On a même laissé entendre qu'il s'agissait là d'une pratique courante des tribunaux de commerce (2).

Ainsi, le Tribunal de Commerce de la Seine a homologué, le 8 décembre 1934, le concordat du Crédit Foncier de l'Afrique Equatoriale Française, qui prévoyait des échéances différentes pour le règlement des obligataires et des autres créanciers ; les obligations étaient payées par la remise d'obligations nouvelles, dont le remboursement était différé ; les créanciers chirographaires étaient payés en espèces et sans délai (3). La Cour d'Angers, par arrêt du 29 juillet 1938, a

(1) Concordat italien de la Banca d'Italia di Sconto, homologué par le Tribunal Civil de Rome, le 29 avril 1922, cité par LOUISE, *De l'inégalité de traitement entre les créanciers dans les concordats*, thèse, Paris, 1935, page 117.

(2) TRASBOT, *De la stipulation d'avantages particuliers comme condition du vote du concordat*, J. F. 1925, p. 142.

(3) Cité par LOUISE, thèse précitée, page 65.

jugé qu'avait valablement été homologué un concordat qui prévoyait un traitement de faveur au profit des petits créanciers (4).

Le heurt entre la pratique et la règle juridique réclame un nouvel examen du problème de l'application au concordat du principe de l'égalité, d'autant plus qu'une fraction importante de la doctrine (5) a réservé un accueil favorable aux clauses d'inégalité incluses dans les concordats.

72. — Opportunité d'une discrimination entre les créanciers.

Qu'une discrimination soit souhaitable entre les créanciers en certaines circonstances, on ne peut le dissimuler. Dans la masse des créanciers chirographaires d'un débiteur en faillite, il se trouve en effet des créanciers qui occupent une situation particulière. Des raisons d'ordre économique ou simplement d'ordre pratique, voire de simple humanité, peuvent justifier l'attribution à ces créanciers dans le concordat d'avantages spéciaux. Ces avantages peuvent aussi leur être concédés par pure opportunité, pour les inciter à voter le concordat ; ils sont alors un moyen d'assurer sa réussite et d'éviter l'union. Ce résultat, au surplus, profite à tous les créanciers, même aux créanciers désavantagés, la réalisation du concordat permettant à ceux-ci d'obtenir un dividende ordinairement plus élevé que celui qu'aurait procuré la réalisation des biens du failli.

C'est ainsi que retiennent l'attention les créanciers de sommes modiques, les créanciers personnels des associés d'une société en nom collectif tombée en faillite, les obligataires.

Le souci d'assurer le succès du concordat et des raisons d'ordre pratique justifieraient aisément en effet le paiement immédiat des petits créanciers. L'échelonnement des échéan-

(4) R. F. 1939.30.

Voir de même les concordats d'une société d'exploitation de chantiers navals, de la Banque Gauthier, du Comptoir Lyon-Allemand, homologués par le Tribunal de Commerce de la Seine en février 1923, août 1937 et novembre 1932, cités par LOUISE, thèse précitée, page 29 et s. ; rapp. Colmar, 24 déc. 1936 (sol. impl.), *Revue Juridique d'Alsace-Lorraine*, 1937-428.

(5) TRASBOT, précité ; LOUISE, précité ; ERHARD-SCHIÉBLÉ, *Les concordats judiciaires et leur contrôle par la justice*, thèse, Paris 1935 ; BENOIST, *des stipulations d'inégalité en matière de concordat*, J. F. 1927.154 ; PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, nos 1361 *ter*, 1699 *quarto*.

ces des dividendes concordataires et le montant infime de ceux-ci compliquent la tâche du syndic ; ils aboutissent à l'écrasement et à la pulvérisation des petites créances, en bref, à l'absence de paiement effectif. Dans ces conditions, l'union et la réalisation de l'actif leur assurant un règlement immédiat et apparemment plus substantiel, les petits créanciers sont portés, si un paiement rapide ne leur est pas proposé, à voter contre le concordat qu'ils risquent de faire échouer par leur nombre ordinairement élevé.

C'est également à éviter l'écrasement par les créanciers sociaux des créanciers personnels des associés d'une société en nom collectif déclarée en faillite, que tendrait l'insertion dans les concordats personnels des associés de clauses assurant à ceux-ci un paiement préférentiel (1). La crainte qu'auront les créanciers sociaux que l'échec du concordat personnel des associés n'empêche la société d'exécuter le concordat qu'ils lui auraient accordé, les incitera généralement à s'incliner devant les exigences des créanciers personnels.

De même que pour les petits créanciers ou pour les créanciers personnels des associés d'une société en nom collectif déclarée en faillite, la stipulation d'un traitement inégal pour les obligataires serait aisément justifiable.

« L'obligataire n'est pas, en effet, un créancier comme les autres » (2). La durée de l'emprunt obligataire et son montant élevé le rapprochent de l'associé. En mettant ses deniers à la disposition de la société, l'obligataire a entendu faire un placement à long terme ; il ne désire pas profiter de la déchéance du terme dont bénéficie sa créance, car il n'a pas besoin de son argent et le remboursement de celui-ci le gênerait. La conservation intégrale de son capital le préoccupe seule. Dans ce dessein, il est prêt aux concessions les plus lourdes, remise d'intérêts, prorogation de leur paiement, réduction de leur taux, modification des modalités d'amortissement.

72. — (1) Voir exemples de clauses de ce genre dans la thèse de LOUISE, précitée, pages 100 et 101, et dans l'article de BENOIST, précité, J. F. 1927, page 154 - 2°.

(2) Cette phrase est extraite du rapport général sur « la protection des obligataires » présenté par M. HAMEL à la Semaine Internationale de Droit, tenue à Paris en 1937.

Tout opposées sont les préoccupations des créanciers chirographaires non obligataires, en particulier des fournisseurs. Les besoins de leur trésorerie les conduisent à désirer le paiement aussi rapide que possible de leurs créances et même à préférer un dividende faible mais immédiat à un dividende élevé et éloigné. On se gardera d'ailleurs d'insister sur la différence de situation entre obligataires et créanciers chirographaires ordinaires ; elle a été reconnue par le législateur lui-même, notamment par le décret-loi du 30 octobre 1935 qui a groupé les obligataires en une masse spéciale.

De même enfin qu'un traitement différent pourrait être établi entre obligataires et créanciers ordinaires, de même on pourrait concevoir, au cas où une société aurait émis plusieurs emprunts obligataires à des conditions différentes, que, pour chaque catégorie d'obligataires, un traitement différent soit établi en fonction des conditions différentes d'émission des emprunts.

73. — Exemple des législations étrangères et à titre temporaire de la législation française.

C'est l'opportunité de l'établissement d'une discrimination entre les créanciers chirographaires qui a conduit la législation allemande et avait conduit la législation italienne, à autoriser l'insertion de stipulations d'inégalité dans les concordats. Par des dispositions temporaires, la législation française était également entrée dans cette voie. A la vérité, si l'on rapproche ces législations, on observe que c'est seulement dans les concordats préventifs ou assimilés que les stipulations d'inégalité ont été permises, et, le plus souvent, au profit d'une seule catégorie de créanciers : les obligataires. Toutes les législations précitées s'accordent par ailleurs pour prévoir que l'établissement d'un traitement inégal ne peut résulter du simple vote favorable de la majorité des créanciers réunis en assemblée générale concordataire ; elles organisent en conséquence des procédures spéciales.

En Allemagne, un traitement inégal des créanciers est admis par l'article 8, alinéa 2 de la loi du 26 février 1935 sur le concordat préventif (Vergleichsordnung) (1), qui a repris, en

73. — (1) L'art. 8 alinéa 2, porte « un traitement inégal de certains

les complétant, les dispositions de l'article 5 de la loi du 5 juillet 1927. Il peut s'appliquer à n'importe quelle catégorie de créanciers, mais les commentateurs allemands observent que les créanciers les plus souvent appelés à bénéficier de l'application de l'article 8 sont les petits créanciers (Kleingläubiger) (2). La validité de la stipulation d'inégalité est subordonnée à son approbation, d'abord par la majorité des créanciers défavorisés réunis en assemblée spéciale et représentant les trois quarts en somme du montant des créances des créanciers défavorisés, ensuite par la majorité de tous les créanciers défavorisés et autres créanciers, réunis en assemblée générale et votant aux conditions ordinaires (3 et 4).

En Italie, la loi du 24 mai 1903 sur le concordat préventif, aujourd'hui abrogée (5), avait prévu à l'article 27 que « le concordat pourrait contenir des conditions spéciales pour les obligations ». Les obligataires et créanciers ordinaires étaient convoqués séparément en assemblées spéciales statuant à des conditions de majorités distinctes. Chaque assemblée se prononçait uniquement sur les propositions concordataires la concernant. Il n'existait pas d'assemblées communes de tous les créanciers. Mais les deux séries d'accords étaient homologuées en même temps, de manière à assurer l'unité du concordat (6).

Le projet de Code de Commerce italien de 1925 avait abandonné ce système et faisait sien le système allemand (7) qu'il étendait à la faillite (8). En revanche, loin d'étendre, à propos du concordat, le cadre des exceptions à la règle de l'égalité,

créanciers n'est admis que lorsque : 1° la majorité des créanciers désavantagés présents à l'assemblée concordataire et ayant le droit de vote consent à cette inégalité... 2° et que la somme totale des créanciers formant cette majorité constitue au moins les trois quarts des créances des créanciers défavorisés, ayant le droit de vote ».

(2) KRIEG, *Vergleichsordnung*, Berlin 1937 commentaire de l'art. 8, note V ; MAYER, *Kommentar Zur Vergleichsordnung*, page 95, note 10.

(3) KRIEG, précité, note 6 ; MAYER, précité, note 2.

(4) A la suite de la loi du 20 fév. 1925, refondue par la loi du 20 juil. 1934, l'Autriche connaissait une législation analogue.

(5) Art. 266, loi du 16 mars 1942.

(6) Sur la question, BONELLI, *Del fallimento*, 3e éd. par ANDRIOLI, 3e partie, page 592 ; NAVARRINI, *Il fallimento*, 1926, n° 2516.

(7) Cf. rapport sur l'article 676 du projet, page 211.

(8) Article 885 du projet.

la loi italienne de 1942 n'a pas reproduit la disposition de l'article 27 de la loi de 1903.

En France, la loi du 2 juillet 1919 sur le règlement transactionnel pour cause générale de guerre, avait adopté un régime identique à celui de la loi italienne de 1903, mais son application fut de courte durée, la loi de 1919 n'étant restée en vigueur que jusqu'à l'expiration des trois années qui devaient suivre la ratification des traités de paix, c'est-à-dire, jusqu'en 1923.

C'était, en définitif, à l'adoption d'un régime très voisin du régime italien et du régime français de 1919 qu'aboutissait le décret-loi du 25 août 1937 sur le règlement amiable homologué, lui aussi appelé à une courte destinée, son application ayant cessé le 1er janvier 1940. Il résultait en effet de l'article 25 qu'une société ayant émis des obligations ne pouvait user du règlement homologué qu'à l'égard des créanciers autres que ses obligataires, mais cet article ne lui enlevait pas la possibilité de conclure avec ses obligataires un arrangement sur la base des articles 20 et suivants du décret-loi du 30 août 1935 sur la protection des obligataires. Le débiteur pouvait en conséquence faire des propositions différentes aux créanciers ordinaires et aux obligataires ; les uns et les autres votaient séparément. La seule différence avec le régime italien et le régime français de 1919 était que les deux projets de règlement n'étaient pas simultanément homologués. La simultanéité était d'ailleurs impossible, le règlement amiable étant homologué par le tribunal de commerce, les décisions de l'assemblée des obligataires par le tribunal civil.

En Belgique, en l'absence de tout texte, la jurisprudence — et la doctrine (9) ne l'a pas critiquée — a pris le pas sur le législateur et, en matière de concordat préventif, elle est entrée dans le sillage marqué par les diverses législations que l'on vient d'énumérer. Elle a jugé que l'égalité absolue entre les créanciers n'était pas une règle invariable à laquelle on ne pût déroger dans l'intérêt de tous (10).

(9) FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, tome III, 1934, page 714.

(10) Gand, 8 juillet 1903, Pas. 1903.II.60 ; Liége, 2 juil. 1912, Pas 1912. II.280 (paiement anticipé de petits créanciers).

74. — Solution du droit français actuel : application du principe de l'égalité au concordat.

Pourtant, si opportun que puisse être, en certaines circonstances, l'établissement d'un traitement inégal, si suggestives que soient les solutions en vigueur à l'étranger, le concordat judiciaire ne peut, en France, faute d'un texte formel en reconnaissant actuellement la possibilité, contenir de clauses d'inégalité, votées à la majorité des créanciers.

Sans doute, n'est-il écrit nulle part que l'égalité des créanciers est de l'essence du concordat. Le Code de Commerce français ne contient pas de disposition analogue à l'article 181 alinéa 1 de la loi allemande du 17 mai 1898 sur la faillite (Konkursordnung) d'après lequel « le concordat devra donner des droits égaux à tous les créanciers non privilégiés ». On ne trouve pas non plus dans la jurisprudence française, peu abondante en la matière, d'affirmation aussi ferme que celle d'un arrêt de la Cour de Cassation italienne du 20 mai 1938 (1) dont les motifs, suppléant à une lacune du Code italien de 1882, identique à celle du Code français, portent : « Dans le concordat judiciaire, la parfaite parité de traitement des créanciers d'égale condition est essentielle ». Mais les solutions de la loi allemande et de la jurisprudence italienne doivent être adoptées en France.

En conséquence, l'insertion dans le concordat d'une clause d'inégalité fait obstacle à l'homologation du concordat ; le tribunal doit la refuser d'office (2), au nom de l'intérêt des créanciers (article 515, al. 1), s'il n'en a pas été sollicité à la suite de l'opposition d'un créancier ; il ne pourrait se borner à réputer non écrite la clause d'inégalité et homologuer les autres dispositions du concordat. C'est là la solution qu'admettent également le droit italien (3) et le droit allemand (4). Le concordat est essentiellement un contrat et le tribunal ne peut substituer sa volonté à celle des parties à l'accord : la masse et le débiteur. Le refus d'homologation

74. — (1) *Rivista del diritto commerciale* 1938.II.517.
(2) Colmar, 20 janv. 1933, D. 35.II.25, note CHÉRON.
(3) BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, 1932, n° 299 ; ROCCO, *Il concordato*, 1902, page 397, texte et note 17.
(4) JAEGER, *Kommentar Zur Konkursordnung*, 7e éd., 1933.1936, volume II, commentaire de l'article 181, note 2.

n'empêcherait pas cependant le débiteur de faire de nouvelles propositions concordataires d'où seraient bannies toutes stipulations d'inégalité (5), mais cette possibilité est discutée en doctrine (6).

Pour des raisons de procédure néanmoins, la nullité du concordat qui contiendrait des stipulations d'inégalité ne peut être invoquée que pendant un court délai, et à des conditions strictes. Il faut que les créanciers fassent opposition à l'homologation dans les huit jours qui suivent le concordat (article 512). Le jugement d'homolgation rendu, le concordat peut encore être attaqué par la voie de l'appel, mais c'est à la condition que les créanciers aient pris soin de faire opposition préalable à son homologation. L'appel du jugement d'homologation ne peut en effet être exercé que par ceux qui ont formé opposition en temps utile (7). Faute pour les créanciers d'avoir pris cette précaution, des concordats seront exécutés qui contiendront des stipulations d'inégalité. Les créanciers ne pourraient prétendre en poursuivre l'annulation pour dol car le concordat n'est susceptible d'être annulé pour dol qu'au cas de dol du failli ayant consisté dans une diminution d'actif ou une exagération du passif (article 518).

Ces dernières solutions du droit français, connues également du droit italien (8) et du droit allemand, ne sont pas exemptes de critiques ; les absents n'ont pas matériellement la possibilité de faire valoir la nullité. La brièveté du délai nuit en conséquence à l'efficacité de la sanction. On s'en montrera d'autant plus surpris que la nullité des avantages particuliers peut être demandée au moins pendant trois ans lorsque, au lieu d'avoir été consentis au grand jour, ils l'ont été clandestinement (9).

(5) *Sic* Colmar, 20 janv. 1933, précité.

(6) Dans le sens de l'arrêt de la Cour de Colmar, LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VII, n° 603 ; *Contra* : PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, n° 1343, d'après qui l'union serait la conséquence automatique du refus d'homologation.

(7) PERCEROU et DESSERTEAUX, n° 1344.

(8) ROCCO, précité, note 18, page 398. L'article 542 du Code italien correspond à l'article 518 du code français.

(9) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome III, n° 1560. Trois ans sont le temps de la prescription en matière de délit.

75. — Justifications de l'application du principe de l'égalité au concordat.

Pour justifier l'application du principe de l'égalité au concordat, on invoquera d'abord la pratique des milieux consulaires et la jurisprudence, puis la tradition et enfin des raisons doctrinales.

a) La pratique des clauses d'inégalité n'est pas aussi courante que l'on a bien voulu le laisser entendre et l'égalité entre les créanciers dans le concordat semble scrupuleusement observée. M. Gabolde l'affirme en ce qui concerne la pratique des milieux consulaires de Toulouse (1) ; on peut donner la même assurance pour les tribunaux de commerce de Lille, Roubaix, Tourcoing, Calais et Béthune.

Nombre de décisions de jurisprudence ont refusé l'homologation de concordats qui ne respectaient pas l'égalité. A la vérité, la Cour de Cassation n'a pas encore été appelée à trancher directement la question de la validité de concordats dans lesquels aurait été insérée une clause d'inégalité, mais un arrêt de la Chambre Civile du 22 mars 1944 (2) permet d'induire la solution qu'elle y apporterait si elle en était saisie directement.

La Compagnie des Chemins de Fer Portugais avait conclu avec l'ensemble de ses créanciers, y compris les obligataires, un concordat préventif qui avait été homologué par le Président du Tribunal de Commerce de Lisbonne et déclaré exécutoire en France par jugement du Tribunal Civil de la Seine. Devant l'impossibilité où elle se trouvait de remplir ses engagements envers les porteurs d'obligations, la Compagnie, qui y avait été spécialement autorisée par décret-loi du gouvernement portugais, proposa aux seuls obligataires la révision du concordat. Les dispositions nouvelles du concordat, qui accordaient des traitements différents aux diverses catégories d'obligataires furent néanmoins approuvées par les obligataires et homologuées par le Président du Tribunal Civil de Lisbonne. Le Tribunal Civil de la Seine et la Cour d'Appel de Paris refusèrent successivement d'accorder l'exequatur au nouveau concordat et la Chambre Civile

75. — (1) GABOLDE, *le respect de l'égalité des créanciers dans le concordat*. R. G. D. C. 1940, page 116.

(2) D. 44 J. 145, note P. L. P. ; S. 45.I.77, note NIBOYET.

rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour au motif que : « les dits obligataires subissaient, dans cette révision partielle, des traitements différents ; que la réunion de tous les créanciers chirographaires en une masse unique... en vue d'un sort commun étant, en droit français, l'un des traits caractéristiques de l'institution de la faillite, une convention conclue... avec une catégorie limitée de créanciers ne saurait atteindre, en France, sans le consentement des intéressés, les situations établies dont notre ordre public exige le respect ».

Sans s'y référer expressément, c'est par application de la règle de l'égalité que la Cour de Cassation rejette le pourvoi. La révision concordataire la méconnaissait doublement en effet, d'abord parce qu'elle imposait aux obligataires dissidents des sacrifices qui n'étaient pas demandés aux autres créanciers chirographaires, ensuite parce qu'elle ne traitait pas de manière identique tous les obligataires.

Si l'arrêt précité de la Cour de Cassation ne fait qu'implicitement appel à la règle de l'égalité, plusieurs arrêts de Cours d'Appel, en revanche, ont expressément invoqué le principe de l'égalité pour refuser l'homologation de concordats dans lesquels avaient été insérées des clauses d'inégalité.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Colmar du 20 janvier 1933 a rejeté le concordat de la Société Kuhlman qui accordait aux obligataires un traitement préférentiel par rapport aux autres créanciers chirographaires (3). Par arrêt du 12 avril 1934, la Cour de Paris a refusé d'homologuer le concordat de la Société des Banques de Province, qui prévoyait le règlement anticipé des petites créances (4) et, par arrêt du 21 février 1935, elle a refusé également d'homologuer le concordat de la Société Foncière du Nord de la France qui prévoyait le paiement intégral des titulaires de comptes dits « comptes spéciaux » et relevait de la forclusion qui les atteignaient des cessionnaires de créances hypothécaires qui n'avaient pas procédé aux formalités de l'article 1690 du Code Civil avant le jugement déclaratif de faillite (5).

(3) D. 35.II.25, note CHÉRON.
(4) Gazette des Tribunaux, 26 octobre 1934.
(5) Gazette Judiciaire et Commerciale de Lyon 1935.65 avec les conclusions de l'avocat-général Lamothe.

b) L'application du principe de l'égalité au concordat est d'ailleurs traditionnelle. Les commercialistes italiens (6) au cours de la première moitié du XV^e^ siècle, enseignaient déjà que le concordat conclu par la majorité des créanciers ne liait pas la minorité s'il n'y avait pas égalité de traitement entre tous les créanciers (7) et l'espagnol Salgado de Samosa écrivait au XVII^e^ siècle : « Pactum inæquale omnibus creditoribus appositum per majorem partem creditorum non admitatur in præjudicium minoris partis, cum debeat omnium creditorum par esse fortuna » (8).

c) On fera valoir enfin des arguments doctrinaux de poids.

Sans doute, on pourrait se contenter de faire observer que la présence des clauses d'inégalité stipulées dans le concordat justifie le refus d'homologation du concordat pour la seule raison que ces clauses sont constitutives, au profit des créanciers appelés à en bénéficier, d'avantages à la charge de l'actif. Mais il y a plus.

La soumission du concordat à la règle de l'égalité n'est qu'une application particulière du principe général de l'égalité entre les créanciers qui est la raison d'être de la faillite et qui en domine toute l'organisation.

On ne pourrait expliquer qu'il préside à la répartition des biens du failli au cas d'union, conformément à l'article 565 du Code de Commerce et qu'il soit écarté au cas de concordat alors que le concordat est, comme l'union, un mode de clôture de la faillite (9). Par surcroît, la reconnaissance de la validité des clauses d'inégalité dans le concordat reviendrait à permettre à la volonté individuelle le droit de créer des privilèges, en dépit de la règle d'après laquelle la loi seule a qualité pour en créer (10).

Outre ces justifications d'ordre général, d'autres justifi-

(6) Paul DA CASTRO (mort vers 1450), *Consilia*, Francfort, 1582, *Consilium* 179, qui écrit à propos des créanciers concordataires : « Imo sunt omnes aequales » ; Vincenzo DE FRANCHI (1531-1601) *Decisiones sacri consilii neapolitani*, Venise 1675, deciso 179, n° 9.

(7) Cf. GUARIGLIA, *Il concordato*, Naples, 1892, page 86.

(8) Mort en 1664, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, 1651, partie 2, chapitre II, n° 83.

(9) Rapp. INVREA, avocat à Turin, *Costruzione giuridica del concordato fallimentare*, Rivista del Diritto Commerciale, 1935.I, page 13.

(10) Paris, 12 avril 1934, 21 février 1935, précités.

cations, mises en avant notamment par la doctrine italienne, peuvent être invoquées ; elles sont suggérées par l'application à la conclusion du concordat du principe majoritaire. A soi seule, en effet, l'application du principe de majorité exclut la possibilité d'insérer dans le concordat des clauses prévoyant un traitement inégal au détriment de certains créanciers. Il est aisé de le montrer.

L'application du principe de majorité a pour but de dégager plus aisément que la règle d'unanimité la volonté collective des membres d'un groupement, considérée comme l'expression des intérêts communs de ceux-ci ; elle suppose en conséquence que les membres du groupement appelés à voter se réfèrent à une même situation, sorte de commun dénominateur de leurs évaluations, sinon la décision collective ne pourrait être considérée comme l'expression des intérêts communs de tous les membres du groupement puisque ceux-ci, en l'adoptant, seraient mus par des intérêts divergents.

Appliqués au concordat, la règle de majorité suppose que, dans leurs appréciations des propositions du débiteur et de l'opportunité de leur admission, les créanciers se réfèrent à une situation identique. Le législateur d'ailleurs a clairement manifesté qu'il souhaitait qu'il en fût ainsi. Pour assurer le nivellement de la condition de tous les votants, il a, par l'article 508, déclaré déchus les créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes qui viendraient à voter à l'assemblée concordataire. Dans ces conditions, on peut soutenir qu'une stipulation d'inégalité dans le concordat briserait l'identité de situation qui doit exister entre les créanciers appelés à voter le concordat ; elle ferait obstacle à la mise en jeu du principe de majorité, cependant prévue sans réserve par l'article 507 du code de commerce ; il faut donc conclure qu'elle est impossible (11).

C'est par ailleurs une « base essentielle » sur laquelle repose tout groupement dans lequel les décisions sont prises à la majorité que le principe majoritaire ne peut être utilisé au mépris des droits de la minorité et des absents (12). L'égalité

(11) AULETTA, note sous Cass. Ital. 10 juin 1940, intitulée « Condizioni di favore ad un creditore concordatario e lora inefficacia per mancanza di richiamo nel concordato », Rivista 1940.2.521 et suivants, § d et e.

(12) Rapp. RIPERT, *La loi de la majorité dans le droit privé*, Mélanges Sugiyama, page 357.

de traitement entre tous les membres du groupement est le moyen le plus sûr d'assurer la protection des dissidents et des absents ; elle est un droit propre et intangible de ceux-ci (13) ; elle permet seule de justifier que la majorité des créanciers puisse contraindre ceux-ci à subir la réduction de leurs dettes ou des délais, auxquels ils n'ont pas consenti (14). L'observation n'est pas nouvelle. On la trouve déjà au XVII[e] siècle sous la plume du commercialiste italien De Luca : « Ah hoc etenim ut major pars... prejudicet minori, opus est omnium vocalium æqualium conditio fit » (15). Permettre l'insertion de clauses d'inégalité dans le concordat reviendrait à livrer la minorité au bon plaisir de la majorité, voire de quelques créanciers qui se seraient concertés pour réunir la majorité en sommes, exigée par l'article 507, ou, pire encore, d'agents d'affaires qui, dans le même dessein, auraient obtenu des cessions de créances ou des mandats. Ils y trouveraient un moyen de chantage à l'égard du débiteur pour obtenir de lui, sous la menace du refus du concordat, un traitement préférentiel sans tomber sous le coup des articles 597 et 598 qui ne frappent que les avantages clandestins.

Au surplus, les solutions adoptées par la loi française et par la doctrine à l'occasion de groupements qui, comme la masse des créanciers, délibèrent à la majorité, confirment, s'il en est besoin, le bien fondé des raisons qui ont été, jusqu'à présent, invoquées pour justifier l'impossibilité pour les créanciers d'établir à la majorité un traitement inégal.

C'est ainsi que l'article 21 du décret-loi du 31 octobre 1935 sur la protection des obligataires interdit à l'assemblée générale des obligataires de décider à la majorité l'établissement d'un traitement inégal entre les obligataires (16). De

(13) La théorie des droits propres appartenant aux membres d'un groupement a surtout été étudiée en matière de société ; cf. LECHNER, *Des droits propres des actionnaires*, thèse, Nancy, 1932 ; DU GARREAU, *Les droits propres de l'actionnaire*, thèse, Poitiers, 1937.

(14) INVREA, précité ; Cass. Ital. 20 mai 1938 (motifs), *Rivista* 1938.II. 517 ; JAEGER, *Komentar zur Konkursordnung*, 7[e] édition, 1935-1936, vol. 2, commentaire de l'art. 181, observations 1 et 2 ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VIII, n° 609 *ter* ; GABOLDE précité, R. G. D. C. 1940, page 124.

(15) DE LUCA (1614-1683), *Theatrum veritatis et justiciae* (Venise, 1734), Livre 8, *De credito et debito, creditore debitore, discursus* 152, n° 17.

(16) Paris, 21 juin 1937, S. 37.II.122 ; Paris, 28 avril 1938, *Gazette des Tribunaux*, 11 juin 1938.

même, il résulte implicitement de l'article 34 du code de commerce (modifié par la loi du 16 novembre 1903) que l'assemblée générale des actionnaires d'une société par actions ne peut voter à la majorité des mesures qui favoriseraient certains actionnaires au détriment des autres. Pareillement on admet, en l'absence de texte, que l'assemblée générale des porteurs de parts bénéficiaires ne peut à la majorité décider de mesures qui atteindraient inégalement les porteurs (17).

Séduisant à la vérité l'argument tiré de l'incomptabilité entre l'application du principe de majorité et la stipulation d'un traitement inégal, n'est pas cependant suffisant à lui seul. Puisque c'est la participation au vote des créanciers avantagés qui fait obstacle à l'application du principe majoritaire, il vient immédiatement à l'esprit de suggérer à ceux-ci de s'abstenir de prendre part au vote du concordat et l'objection tomberait ; la stipulation d'inégalité dans le concordat serait possible. Semblable solution ne peut cependant être retenue (18), car d'autres arguments peuvent être invoqués pour justifier l'interdiction de l'insertion de stipulations d'inégalité dans le concordat, même au cas où les créanciers avantagés ne prendraient pas part au vote.

Du fait de la faillite en effet, les créanciers ont fait apport à la masse de leur part dans le gage commun. Si la collectivité délibérant dans l'assemblée à la majorité peut disposer de lamasse des créanciers et peut en particulier réduire celles-ci en partie pour mieux assurer le paiement de la fraction non remise, elle ne peut disposer des créances prises isolément ou d'un groupe de créances. La participation à la masse de chaque créance, qui résulte de l'apport à la masse par chaque créancier de sa part dans le gage commun, est fixée d'une manière définitive à la suite de la vérification des créances ; elle ne peut être modifiée ultérieurement par décision de la collectivité (19).

(17) CORDONNIER, *La loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires*, Journal des Sociétés, 1929.340 ; HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité des Sociétés*, 7e éd. page 637, tome I.

(18) *Sic.* JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, commentaire de l'article 181, obs. I.

(19) AULETTA précité, *Rivista* 1940.II.524 ; ROCCO, *Il concordato*, 1909, page 396 ; NAVARRINI, *Trattaro di diritto fallimentare*, 1935, vol. 2, n° 443.

On ne manque pas d'insister cependant. Des auteurs (20) ont tiré argument de la possibilité pour la masse de s'engager et prétendu que la clause de traitement inégal emportait engagement personnel de la masse envers les créanciers favorisés. L'argumentation est habile, mais elle est spécieuse. Il demeure d'abord que l'engagement de la masse est pris à la majorité et qu'il aboutit à l'établissement d'un traitement inégal entre les créanciers. Or, on a vu que la mise en jeu du principe majoritaire était incompatible avec l'établissement d'un traitement inégal entre les membres d'un groupement. Il y a plus. La masse ne peut prendre semblable engagement envers les créanciers qu'elle entend favoriser ; cet engagement est purement gratuit ; or, la masse ne peut disposer à titre gratuit de l'actif du failli. De même qu'en matière de sociétés, la validité des décisions de l'assemblée générale extraordinaire est subordonnée à leur conformité à l'objet social, de même la validité des décisions de la masse est fonction des exigences de la liquidation ou de la continuation du commerce du failli (21).

En définitive, le législateur — et lui seul — pourrait faire fléchir le principe de l'égalité dans son application au concordat. Les solutions qu'il adopterait devraient être animées du souci d'assurer une efficace protection des droits des créanciers désavantagés. Les législations étrangères lui fournissent, à ce point de vue, d'utiles suggestions. A l'exemple des législations italienne et allemande, les créanciers désavantagés pourraient être réunis en une assemblée spéciale où ils seraient appelés à se prononcer sur l'établissement, à leur détriment, d'un traitement inégal (22). Par ailleurs, l'adhésion d'un nombre de créanciers représentant

(20) PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, page 850.

(21) On négligera l'argument présenté par M. TRASBOT (article précité) qui déduit la validité des clauses d'inégalité stipulées dans le concordat et votées à la majorité de ce que seuls les avantages clandestins sont interdits par les art. 597 et 598. On fera observer que, s'il est exact que les avantages consentis ostensiblement sont valables, encore faut-il préciser qu'il n'en est ainsi qu'à la condition qu'ils aient été approuvés par l'unanimité des créanciers. Il est exagéré de déduire a contrario de l'interdiction des avantages clandestins, la validité des avantages ostensibles approuvés par la majorité seulement des créanciers.

(22) LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, n° 309, tome VII ; PERCEROU et DESSERTEAUX, tome III, n° 1699 *quarto*.

les trois quarts (23) ou les deux tiers (24) du montant total des créanciers défavorisés pourrait être exigée.

Outre cette assemblée spéciale, une assemblée générale de tous les créanciers, avantagés et non avantagés, devrait être prévue comme en droit allemand ; l'ensemble des propositions concordataires lui serait soumis. Ce système est préférable à celui du droit italien qui prévoyait seulement la réunion en assemblée séparée de chaque catégorie de créanciers. Entre créanciers avantagés et créanciers non avantagés en effet, des conflits naîtront inévitablement ; les créanciers désavantagés notamment pourront estimer trop élevés les avantages accordés aux autres créanciers. Faute de pouvoir résoudre les conflits qui surgiraient grâce à des modifications élaborées en commun des clauses du concordat, les créanciers désavantagés seraient enclins à refuser leur consentement aux propositions qui leur seraient soumises et l'échec du concordat en résulterait fatalement (25). La réunion de tous les créanciers en une assemblée commune est donc souhaitable.

Pour certaine qu'elle soit en l'état actuel des textes, ainsi qu'il importait de l'affirmer et de le démontrer, l'application du principe de l'égalité au concordat ne doit pas cependant être conçue d'une manière rigide ; elle souffre des limites. On les examinera au chapitre suivant.

(23) *Sic*, droit allemand.
(24) *Sic*, droit italien.
(25) Rapp. LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VIII, note 1215-5°; AMIAUD, *Des droits des obligataires au cas de faillite de la société*, R. F. 1936, page 141, note 1.

CHAPITRE III

LES LIMITES A L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ QUANT AUX ACTES

Dans le désir d'atteindre toutes les inégalités, on ferait preuve d'un zèle excessif si, sans discrimination et sans examen, on condamnait tous les actes d'où résulterait pour un créancier ou un groupe de créanciers un avantage qui romprait l'égalité.

Les actes qui procureraient à un créancier ou à un groupe de créanciers un avantage qui ne serait pas à la charge de l'actif sont valables ; la raison en est qu'ils sont hors du champ d'application de la règle d'égalité parce qu'ils ne causent aucun préjudice à la masse. Comme la Cour de Cassation l'a affirmé à propos de l'application des articles 446 et 447, le but à atteindre « n'est pas d'apporter un profit à la masse, mais d'empêcher qu'un préjudice lui soit causé » (1).

Il se peut d'abord que l'inégalité de traitement entre les créanciers ne soit qu'apparente et soit, en réalité, la condition d'une péréquation véritable de leurs droits au regard de l'actif du failli. L'égalité entre les créanciers n'implique pas en effet l'uniformité de traitement ; une différentiation de celui-ci est possible ; l'actif n'en souffre en aucune manière.

L'inégalité peut aussi être réelle ; certains créanciers touchent effectivement plus que d'autres, soit qu'un créancier ait renoncé à leur profit à tout ou partie de ses droits — dans ce cas, l'avantage provient bien de l'actif, mais il n'est pas à sa charge — soit qu'un tiers les ait avantagés, l'avan-

(1) Civ. 26 oct. 1942, J. C. P. 1943.II.2135.

tage alors ne provient même pas de l'actif. Dans les deux cas, ces avantages ne peuvent être incriminés. Les deux hypothèses sont identiques ; il n'y a pas à distinguer suivant que l'avantage dont bénéficie un créancier provient d'un tiers ou d'un autre créancier. L'identité de ces deux hypothèses est renforcée par ailleurs par le fait que les actes envisagés, qu'ils se rencontrent en dehors du concordat ou même dans le concordat, sont des actes auxquels le débiteur sera resté étranger. Lors même qu'ils se rencontrent dans le concordat, on peut dire sans crainte de se tromper que le débiteur est resté étranger aux clauses par lesquelles un créancier se trouve avantagé par un tiers ou par un autre créancier ; elles ont été en effet conclues en dehors de toute participation active du débiteur.

Ce chapitre sera divisé en trois sections. On montrera, d'abord, comment l'égalité de traitement entre les créanciers n'implique pas uniformité de celui-ci. La seconde section sera consacrée à « la validité des renonciations à l'application du principe de l'égalité » ; la troisième, à « la validité des actes par lesquels un créancier est avantagé par un tiers et d'où ne résulte aucune charge pour l'actif ».

Section I

LE RESPECT DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES CRÉANCIERS MALGRÉ LA DIFFÉRENCIATION DE LEUR TRAITEMENT

76. — Les conceptions possibles de l'égalité.

L'application du principe de l'égalité laisse libre le choix entre deux conceptions de l'égalité. On peut estimer que l'égalité entre les créanciers est compatible avec une certaine différenciation de leur traitement ou au contraire qu'elle suppose l'uniformité de celui-ci.

La deuxième conception est celle du droit italien. L'égalité entre les créanciers ne doit pas seulement être matérielle,

mais formelle (1). Il est interdit au débiteur d'offrir à certains créanciers 50 % payables immédiatement et à d'autres 75 % payables dans 10 ans. Les sûretés offertes aux créanciers doivent être identiques. Le débiteur ne pourrait proposer à l'un une sûreté réelle, à l'autre une sûreté personnelle. Mieux, il semble qu'il ne pourrait offrir à deux créanciers deux cautions différentes ; il faudrait que la même caution garantisse les deux créanciers. Pas davantage, le concordat ne pourrait accorder une situation préférable à un créancier, en contrepartie de services rendus ou à raison de prestations faites pour faciliter le concordat (2).

La première conception est celle du droit allemand. Il n'exige pas que les droits de tous les créanciers soient uniformément déterminés ; il se contente d'une égalité matérielle (sachliche gleichbehandlung) (3). Ainsi en serait-il, du moins, au cas de concordat de faillite. En revanche, au cas de concordat préventif, régi par la loi du 26 février 1935 (Vergleichsordnung) l'égalité devrait exister objectivement entre tous les créanciers (4). On a donné (5) de cette différence la raison que l'existence d'une procédure spéciale prévue par l'article 8 de la loi, pour l'établissement d'un traitement inégal entre les créanciers, aurait pour conséquence de rendre illicite toute stipulation d'inégalité — ne fût-elle qu'apparente — qui n'aurait pas donné lieu à la mise en jeu de la procédure précitée.

77. — La conception française de l'égalité.

De ces deux conceptions, la doctrine et la jurisprudence

76. — (1) GUARIGLIA, *Il concordato*, Naples, 1892, pages 189 et s. ; ROCCO, *Il concordato*, texte et note 2, page 396 ; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, 1932, page 638, n° 299 *b*.

(2) VENEZIA, 27 déc. 1895, *Temi Veneta*, 1896.102.

On peut se demander, toutefois, si, à la suite d'un arrêt de la Cour de Cassation du 23 janv. 1940 (*Foro Italiano* 1940.I.327), la jurisprudence italienne ne se départira pas de sa rigueur. Cet arrêt a jugé, en effet, qu'il n'y avait pas méconnaissance du principe de l'égalité lorsqu'un créancier se portait garant du concordat contre promesse d'un avantage.

(3) JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, commentaire de l'art 181, observation 2, page 682 ; Reichsgericht, 23 mai 1939, *Juristische Wochenschrift* 1932, p. 2541 ; rappr. *Juristische Wochenschrift* 1927-535.

(4) KRIEG, *Vergleichsordnung*, Berlni, 1937, commentaire de l'article 8, observation 8 ; Reichsgericht précité.

(5) Note KIESOW sous l'arrêt précité du 23 mai 1932.

françaises ont adopté la première, celle du droit allemand de la faillite.

On en trouve l'expression dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Colmar du 20 janvier 1933 (1) d'après lequel, en matière concordataire « l'égalité n'est pas forcément absolue ; elle ne saurait uniquement se rechercher dans une confrontation de sommes ou de pourcentages ; les propositions faites à certains créanciers par leur débiteur peuvent trouver leurs justifications dans les avantages indirects accordés à d'autres ».

Sans doute, est-ce admettre la possibilité de clauses d'inégalité dans le concordat. Mais au vrai, il ne s'agit là, ainsi qu'on le montrera plus loin, que d'inégalités apparentes destinées à assurer l'égalité réelle entre les créanciers. C'est à condamner ces inégalités apparentes que l'on consacrerait des inégalités réelles. L'inégalité apparente est parfois le prix de l'égalité réelle.

Cette conception de l'égalité dépasse d'ailleurs le cadre des stipulations susceptibles d'être insérées dans le concordat.

Ainsi, on sait que, pendant la période d'exécution du concordat, le failli ne peut exécuter le traité par lequel il se serait engagé à payer à un créancier la fraction de sa créance qui a fait l'objet de la remise concordataire, car le paiement qu'il effectuerait restreindrait d'autant le dividende concordataire (2). La jurisprudence n'en admet pas moins que le traité conclu et exécuté pendant la période d'exécution du concordat est valable lorsqu'il est la contrepartie d'avantages concédés par le créancier au failli, sous la forme, par exemple, de concession de crédits ou de délais (3). Il n'y a pas alors atteinte à l'égalité réelle.

La conception large de l'égalité dont on vient de faire état semble, d'après la jurisprudence, et, au moins pour les paiements, ne pas pouvoir être appliquée à la période suspecte. L'égalité entre les créanciers doit alors être envisagée d'une manière formelle. Le fait que l'avantage

77. — (1) D. 35.II.25.

(2) Civ. 29 juillet 1874, D. 75.I.172 ; Colmar, 24 déc. 1936, *Rev. Jur. Alsace-Lorraine*, 37.428.

(3) Paris, 21 mai 1856, D. 57.II.45 ; 9 mai 1898, D. 98.II.490 ; Req. 8 janv. 1919, R. F. 19.160.

consenti à un créancier soit la contrepartie d'un sacrifice consenti par lui, ne peut être pris en considération. Ainsi on trouve aux motifs d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 juillet 1935 (4) cette affirmation que « tout paiement opéré par le débiteur qui est en état de cessation de paiements, même s'il procure à celui-ci un avantage distinct de la libération, rompt l'égalité entre les créanciers » et doit être annulé.

78. — Application au concordat de la conception française de l'égalité.

Dans le cadre des stipulations concordataires, deux séries de clauses permettent d'illustrer la position du droit français : d'une part, *les clauses prévoyant un traitement inégal au profit de certains créanciers en vue de leur accorder un dédommagement* (1), d'autre part, *les clauses stipulant le paiement du dividende aux créanciers en devises étrangères d'après le cours du change au jour du règlement.*

I. — La doctrine (2) et la jurisprudence (3) admettent que le concordat stipule le remboursement intégral et par priorité des créanciers hypothécaires qui, à cette condition, auraient renoncé au bénéfice de leur sûreté.

Pour que semblable renonciation cependant puisse être prise en considération, il faut qu'elle corresponde à un sacrifice véritable de la part des créanciers hypothécaires et la Cour d'Appel de Colmar, par l'arrêt déjà cité du 20 janvier 1933, a justement refusé l'homologation d'un concordat prévoyant un traitement préférentiel en faveur de créanciers hypothécaires qui n'avaient, en réalité, renoncé à leur hypothèque que pour la fraction de leur créance qu'ils estimaient ne devoir pas être couverte par leur sûreté.

Pas davantage ne devrait être prise en considération la

(4) D. H. 36.20.

78. — (1) Le droit italien condamne cette clause. BRUNETTI, *Diritto fallimentare*, 1932, page 638, n° 299 *b* ; ROCCO, *Il concordato*, texte et note 15, page 397.

A notre surprise, le droit allemand adopte la même solution : JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung*, commentaire de l'article 181, observation 4.

(2) TRASBOT, article précité, J. F. 1925, page 146 ; LOUISE, thèse précitée, page 25 ; GABOLDE, article précité, R. G. D. C. 1940.119.

(3) Colmar, 20 janv. 1933, précité (sol. impl.) ; Req. 13 juillet 1910 (sol. impl.) J. F. 10.385.

renonciation d'un créancier hypothécaire qui, à raison du rang de son inscription, ne serait pas venu en ordre utile si l'immeuble avait été vendu et le prix mis en distribution (4).

En revanche, ont été valablement homologués : un concordat qui prévoyait un traitement préférentiel pour un créancier qui avait fourni les fonds nécessaires pour la continuation de la société faillie (5) ; un concordat qui accordait à un seul créancier un dividende de 70 % et à tous les autres un dividende de 30 % parce que le premier consentait à acheter le fonds de commerce du failli à un prix élevé et renonçait à faire valoir certaines prétentions qu'il était en droit de formuler (6). Dans ces hypothèses, l'avantage accordé à un créancier est la contrepartie du sacrifice consenti par lui. Le principe de l'égalité entre les créanciers n'est pas en cause ; l'actif ne fait que restituer ce qu'il a reçu.

II. — Pas davantage, le principe de l'égalité ne souffre d'atteinte au cas de clauses stipulant le paiement des créanciers en monnaie étrangère, d'après le cours du change au jour du règlement.

On a vu précédemment (7) comment la jurisprudence qui oblige le créancier en monnaie étrangère à convertir sa créance en francs français d'après le cours du jour du jugement déclaratif et interdit toute correction ultérieure de la conversion, aboutit à établir un traitement inégal entre ce créancier et les créanciers en monnaie française au cas de variations du cours du change entre le jour du jugement déclaratif et le jour du règlement.

Si apparemment l'égalité entre les créanciers est respectée du fait que tous les créanciers touchent une même fraction de leurs créances chiffrées en francs, l'égalité réelle est rompue à l'égard du créancier en monnaie étrangère puisqu'il n'obtient pas l'équivalent exact en francs de la partie non réduite de sa créance, libellée en monnaie étrangère.

(4) Req. 13 juil. 1910, J. F. 10.385.

(5) Req. 1er fév. 1932, J. F. 33.26. On se demande d'ailleurs en l'espèce, pourquoi le créancier n'a pas excipé de sa qualité de créancier de la masse.

(6) Trib. Com. Seine, 9 avril 1913, cité par LOUISE, thèse précitée, page 25, et par TRASBOT, article précité, page 141 ; Voir également Paris, 17 juin 1887, D. 88.II.121, note LEVILLAIN.

(7) Cf. *supra*, pages 63 et s.

Soit un créancier de 100 dollars convertis en 5.000 francs au jour du jugement déclaratif, le dollar valant 50 francs : on suppose que le dividende concordataire est de 50 %. Le créancier envisagé touche 2.500 francs, mais, alors qu'il devrait obtenir l'équivalent de 50 dollars, cette somme ne correspond qu'à 33 dollars si au jour du règlement le franc a baissé et si le dollar vaut 75 francs ; elle correspond à 100 dollars si le franc a monté et si le dollar ne vaut plus que 25 francs.

L'insertion dans le concordat d'une clause prévoyant que les créanciers en monnaie étrangère seront payés en francs décomptés au cours du jour du paiement est un des moyens susceptibles d'établir l'égalité entre les créanciers (8). Grâce au jeu de cette clause, le créancier de 100 dollars touchera, en toutes hypothèses, l'équivalent en francs de 50 dollars, soit 1.250 francs si le dollar vaut 25 francs, 3.750 francs, si le dollar vaut 75 francs.

Vainement serait-il allégué que le remède proposé encourt le reproche même qui était dirigé à l'endroit du système de la jurisprudence et que, sous le prétexte d'égalité, il consacre l'inégalité. La clause préconisée tomberait alors sous le coup de la prohibition des stipulations d'inégalité dans le concordat.

Cette critique n'est pas fondée. Il n'y a égalité entre créanciers en monnaie française et créanciers en monnaie étrangère qu'à la condition qu'un sacrifice égal soit imposé à chaque créancier. Ce résultat n'est atteint que lorsque le créancier en monnaie étrangère touche l'équivalent exact en francs de la partie non réduite de sa créance libellée en monnaie étrangère. Dans ces conditions, alors que dans le système de la jurisprudence, l'égalité apparente aboutit à l'inégalité, la clause dont nous préconisons l'utilisation est, en dépit d'une inégalité apparente, au service de l'égalité réelle.

En 1922, le Tribunal de Commerce de la Seine a homologué le règlement transactionnel proposé à ses créanciers par la Banque italienne d'Escompte qui contenait une clause de ce genre (9.)

(8) Cf. *supra*, page 70.
(9) Cf. LOUISE, thèse précitée, p. 57.

A la vérité cependant, la question de la validité de la clause n'a pas encore été discutée directement en jurisprudence. En faveur de sa validité, on peut néanmoins tirer un argument a contrario d'un arrêt de la Cour de Paris du 1er mai 1930 (10). L'un des motifs sur lesquels se fonde la Cour de Paris pour refuser le paiement en francs français de l'équivalent au jour du règlement d'une somme libellée en monnaie étrangère est « qu'il n'a jamais été question d'une créance en monnaie étrangère, ni au moment où les créanciers ont fait leur production, ni à l'époque où la masse a été constituée et où le concordat a été consenti et homologué ». Tout en reconnaissant la fragilité d'une solution positive tirée d'une décision qui se place sur le terrain négatif, on peut, semble-t-il, déduire de l'arrêt que, par une clause expresse, le concordat aurait pu rétablir dans leur nature première les droits des créanciers étrangers.

Dans les hypothèses jusqu'à présent envisagées, la rupture de l'égalité n'était que superficielle ; elle était la condition de la péréquation véritable des droits des créanciers au regard de l'actif. Les renonciations à l'égalité consacrent des ruptures certaines de l'égalité réelle entre les créanciers ; elles n'en sont pas moins valables.

Section II

VALIDITÉ DES RENONCIATIONS A L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ

Les renonciations à l'égalité peuvent se produire aussi bien au cas d'union qu'au cas de concordat. En Allemagne, l'article 181 de la loi sur la faillite les permet expressément au cas de concordat ; il porte : « La concession d'avantages inégaux ne peut être faite qu'avec l'assentiment formel des créanciers moins bien traités ». La doctrine italienne (1), en l'absence de texte, se prononce dans le même sens. En France, dans le

(10) S. 31.II.131.

(1) Guariglia, *Il concordato*, Naples 1892, page 189 ; Rocco, *Il concordato*, 1902, page 400 ; Invrea, *La costruzione giuridica del concordato fallimentare*, Rivista, 1935, page 14.

silence du législateur, une solution identique doit être adoptée.

Le droit à l'égalité est un droit propre, reconnu à tout créancier. C'est une prérogative du droit de créance dont la faillite du débiteur assure l'exercice. Si la masse ne peut y porter atteinte, le créancier peut y renoncer comme il peut renoncer à sa créance (2). D'ailleurs, l'avantage qui en résulte pour les autres créanciers ou tel créancier en particulier — s'il provient de l'actif — n'est pas à sa charge.

Au cas d'union comme au cas de concordat, un créancier peut consentir soit au profit de tous les autres créanciers, soit au profit de l'un ou de certains d'entre eux seulement, à des sacrifices plus importants que les autres créanciers : accepter un pourcentage moindre, consentir des échéances plus éloignées, s'engager à ne réclamer son dividende qu'après que les autres créanciers ou tel créancier nommément désigné auront touché celui auquel ils ont droit (3), accepter en garantie du paiement des dividendes concordataires des sûretés moins efficaces que celles qui sont données aux autres créanciers. La rupture de l'égalité qui en résultera à son détriment ne pourra être critiquée ultérieurement par lui, puisque, l'inégalité dont il souffre, il l'a voulue et acceptée.

Les renonciations à l'égalité peuvent intervenir après la déclaration de faillite et, notamment, à l'occasion du concordat, mais elles peuvent également être consenties avant la déclaration de faillite ; elles affecteront alors indistinctement le concordat ou l'union.

79. — Renonciations à l'égalité avant la déclaration de faillite (conventions d'antériorité).

Lorsqu'elles interviennent avant la déclaration de faillite, les renonciations à l'égalité prennent ordinairement la forme d'une convention par laquelle un créancier prend l'engage-

(2) Paris, 22 juin 1910 (sol. impl.) J. F. 11.292 ; Com. Bourg, 7 juin 1901 (sol. impl.) J. F. 02.170.

(3) Paris, 19 juillet 1852 (sol. impl.), D. 54.V.366, n° 24 ; Com. Seine, 20 mars 1885 (sol. impl.), J. F. 86.504 ; Rouen, 24 juil. 1901 (sol impl.), J. F. 02.67. Concordat homologué par jugement du 13 janvier 1908, *Journ. Trib. Com.* 1911, page 113 ; concordat homologué par jugement du Tribunal de Commerce de la Seine en date du 2 juil. 1934, cité par LOUISE, thèse précitée, page 43.

ment envers un autre créancier de ne réclamer son dividende tant que ce dernier n'aura pas touché l'intégralité des sommes accordées par le concordat ou tant qu'il n'aura pas été intégralement désintéressé au cas d'union. Pour le créancier qui bénéficie de la renonciation, la convention constitue une *convention d'antériorité*.

La convention d'antériorité se rapproche de la promesse d'abstention par laquelle un créancier hypothécaire renonce, au profit d'un autre créancier inscrit postérieurement à lui ou d'un créancier chirographaire, à se prévaloir de son droit de préférence et s'engage à ne pas produire pour le cas où sa collocation nuirait au bénéficiaire de la promesse (1).

Peu fréquentes, les clauses d'antériorité n'ont pas retenu l'attention de la doctrine et la jurisprudence n'a été qu'une seule fois appelée à en connaître : par arrêt du 25 juin 1931 (2), la Cour de Douai a reconnu leur validité. La clause avait pris la forme suivante : une caution s'était engagée envers le créancier garanti à n'exercer aucune poursuite contre le débiteur principal au cas où ces poursuites l'auraient mise en concours avec le créancier garanti, pratiquement dans l'hypothèse où elle aurait fait des paiements partiels antérieurs à la faillite du débiteur, puisque, dans cette hypothèse, elle aurait pu produire à la masse pour tout ce qu'elle aurait payé à la décharge du failli.

La validité des conventions d'antériorité ne saurait être mise en doute (3). Valables lorsqu'elles sont incluses dans le

79. — (1) PLANIOL et RIPERT, tome XIII par BECQUÉ, n° 1325 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, tome II, n° 908.

C'est une clause de ce genre qui est insérée dans certains contrats conclus par la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, lorsqu'elle est sollicitée de prêter son concours à une société qui, chargée d'effectuer des fournitures à l'Etat, a déjà remis le marché en gage à son banquier en garantie des sommes (solde de compte courant, escompte, etc...) dont elle pourrait être débitrice envers lui à raison de son exécution. La Caisse Nationale n'accorde son concours (ordinairement sous la forme d'un crédit d'acceptation) qu'à la condition que le même marché lui soit donné en nantissement et que le banquier consente à ce que le nantissement à lui consenti soit primé par le nantissement consenti au profit de la Caisse.

(2) Rec. Douai, 1931.276.

(3) HAMEL, tome II, page 468 ; DIERYCK, *Les ouvertures de crédit*, Bruxelles-Paris, 1945, n° 380 ; PETIT-DUTAILLIS, *Le risque du crédit bancaire*, 1946, n° 272 ; *contra* : ESCARRA et RAULT, tome VI, n° 786.

concordat (4), elles ne peuvent encourir de critiques lorsqu'elles sont conclues avant la déclaration de faillite. Leur validité découle a fortiori de la validité de la promesse d'abstention à laquelle il a été fait allusion. Le promettant ne pourrait en demander la nullité, pas davantage les autres créanciers puisque la convention est à leur égard res inter alios acta et qu'elle ne leur nuit en aucune manière.

La détermination des effets de la clause, non pas dans les rapports entre stipulant et promettant, mais dans les rapports entre le promettant et ses ayants-cause, présente seule des difficultés.

Au cas où, postérieurement à la conclusion de la convention d'antériorité, le promettant a cédé sa créance à un cessionnaire qui aurait procédé aux formalités de l'article 1690 du Code Civil, ou même, au cas où un créancier du promettant a fait saisie-arrêt de la créance sur le débiteur, la question se pose de savoir si le stipulant peut se prévaloir de la convention à l'encontre du cessionnaire ou du créancier saisissant.

D'une manière plus précise, suffit-il, pour que la convention leur fût opposable, que l'acte qui la constate ait acquis date certaine avant la cession ou la saisie-arrêt. Cessionnaire ou créancier saisi-arrêtant seront alors démunis de toute protection puisque le stipulant, en excipant d'une convention qu'ils ont ignorée et dont ils n'avaient aucun moyen de découvrir l'existence, peut victorieusement paralyser leur droit.

C'est cependant la solution à laquelle on est nécessairement conduit. On adopte d'ailleurs une même solution au cas de subrogation totale ou partielle à une hypothèque ordinaire (5). Or, les dangers d'une cession d'hypothèque sont, pour le cessionnaire de la créance ou le créancier saisissant, identiques à ceux de la convention d'antériorité envisagée.

On ne pourrait, par exemple, songer sérieusement à exiger du promettant qu'il effectue les formalités de l'article 1690 du code civil. En effet, la convention d'antériorité n'équivaut pas à une cession de créance ; le promettant demeure titulaire

(4) Concordats cités par LOUISE, pages 43 et 46.

(5) BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, tome II, page 16. La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée est régie par des règles spéciales.

de sa créance, puisqu'il pourra s'en prévaloir au cas de concordat, lorsque celui-ci aura été exécuté vis-à-vis du stipulant, comme au cas d'union, lorsque le stipulant aura été intégralement désintéressé.

En revanche, il semble que le créancier saisissant aurait au moins la faculté d'exercer l'action Paulienne (6), sauf à résoudre la difficulté de la qualification d'acte à titre onéreux ou d'acte à titre gratuit à donner à la convention.

80. — Renonciations à l'égalité après la déclaration de faillite.

Plus fréquemment, les renonciations à l'égalité interviennent après la déclaration de faillite et ordinairement à l'occasion du concordat (1).

Au cas de concordat, le consentement des créanciers désavantagés unanimes (2) est la condition nécessaire de la validité de toute stipulation d'inégalité incluse dans le concordat. Les renonciations à l'égalité peuvent y être le fait de créanciers isolés ou restreints en nombre, de membres de la famille du failli ou de sa femme, par exemple. Ce pourra être également un gérant d'une société à responsabilité limitée en état de liquidation judiciaire, créancier de la dite société, qui intervient au concordat pour s'engager à ne toucher aucun

(6) Non pas le cessionnaire, car une condition de l'action Paulienne fait certainement défaut : il n'était pas créancier du promettant au moment où a été consentie la renonciation.

80. — (1) Consenties entre la déclaration de faillite et le concordat, les renonciations à l'égalité — au moins lorsqu'elles sont consenties au profit d'un seul créancier — risquent de tomber sous le coup de l'article 597 et d'être considérées, du chef de ce créancier, comme des avantages particuliers stipulés par lui à raison de son vote dans les délibérations de la faillite.

Les renonciations à l'égalité peuvent également intervenir au cas d'union, soit à l'égard de tous les créanciers, soit au profit de l'un d'eux seulement.

(2) Il n'est pas nécessaire d'exiger l'unanimité de tous les créanciers ; l'unanimité des créanciers non avantagés suffit (Paris, 12 avril 1934, sol. impl., *Gazette des Tribunaux*, 1934, 2e sem.II.164. *Contra* : LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VII, n° 609, 4°). On peut donc théoriquement concevoir qu'un créancier avantagé vote contre le concordat. Le fait que les créanciers désavantagés se prononcent à l'unanimité en faveur de l'établissement d'un traitement inégal n'empêche pas que le concordat reste un concordat judiciaire de majorité. Le concordat où l'unanimité de tous les créanciers est exigée n'est plus un concordat judiciaire mais un concordat amiable.

dividende tant que le concordat n'aura pas été exécuté intégralement à l'égard des autres créanciers (3).

Les renonciations à l'égalité peuvent émaner aussi d'un groupe de créanciers, être le fait, par exemple, de tous les créanciers obligataires acceptant un désavantage au profit des créanciers non obligataires ou encore de tous les créanciers dont la créance est supérieure à un montant déterminé acceptant un désavantage au profit des petits créanciers. On observera d'ailleurs qu'il est plus aisé à un créancier de consentir un désavantage au profit de tous les autres qu'à tous les créanciers de consentir un désavantage au profit de l'un d'entre eux. Outre la difficulté de réunir l'adhésion d'un nombre important de personnes, les doctrines étrangères, italienne et allemande (4), font état des difficultés qui proviendraient de l'existence possible de créanciers désavantagés, absents lors du vote du concordat, et qui n'auraient pas consenti à l'inégalité. En droit français, cette difficulté ne semble pas susceptible de se présenter ; une fois le concordat homologué, les absents n'ont aucun moyen de l'attaquer (5).

Incluses dans le concordat qu'elles ont eu pour but de faciliter, l'efficacité des renonciations à l'égalité est fonction de l'efficacité du concordat ; elles deviennent caduques au cas où le concordat viendrait à être annulé ou résolu (6).

(3) Concordat homologué en juin 1933 par le Tribunal de Commerce de la Seine, cité par LOUISE, page 46.

(4) En Italie : ROCCO, précité, page 400.
En Allemagne : JAEGER, *Kommentar Zur Konkursordnung*, commentaire de l'article 181, observation 3.

(5) La question serait susceptible de se poser au cas de concordat amiable. Force serait alors, ou de tenir pour non avenus les avantages consentis (*sic* doctrine italienne) ou de les étendre aux créanciers ignorés (*sic* doctrine allemande).

(6) Paris, 19 juil. 1852, D. 54.V.366, n° 24 ; Com. Seine, 20 mars 1885, J. F. 86, page 504 ; *Contra :* Rouen, 24 juil. 1901, J. F. 02.67, rendus à propos de la clause par laquelle un créancier s'est engagé à ne réclamer de dividende qu'après que les autres créanciers auraient été payés des dividendes promis.
Il se pourrait, cependant, que la renonciation fût définitive ; tout dépend de l'intention du créancier au moment de la renonciation. Ainsi, il a été jugé qu'un créancier qui avait fait complètement abandon de sa créance ne pouvait voir revivre son droit, malgré la résolution du concordat. Bourg, 24 juillet 1901, J. F. 02.70 ; Paris, 22 juin 1910, J. F. 11.292.

81. — Les clauses d'option (variété de clauses de renonciation à l'égalité après la déclaration de faillite).

Parmi les clauses concordataires de renonciation à l'égalité, les « *clauses d'option* » constituent une variété originale. Les concordats dans lesquels elles figurent, ou concordats à option, sont ainsi conçus : les créanciers ont le choix entre plusieurs modes de règlements, par hypothèse inégaux ; par exemple, entre un règlement rapide avec un dividende faible et un règlement éloigné avec un dividende élevé (1) ; la clause d'option a alors pour but de supprimer toute discussion à l'occasion de l'établissement d'un traitement différencié entre les créanciers. Ou bien, les créanciers peuvent choisir d'être réglés, soit en espèces, soit en actions, soit en obligations (ordinairement à revenus variables), le taux de réduction des créances variant suivant le mode de règlement adopté (2). Ou encore, il est proposé à tous les créanciers un même dividende, que le règlement ait lieu en espèces ou en obligations, mais il est prévu que les obligations seront amortissables par voie de tirage au sort, autrement dit, remboursables par anticipation (3).

Les concordats à option sont nés de la présence d'obligataires parmi les créanciers des sociétés anonymes en faillite. Plutôt que de régler les obligataires en espèces, comme les créanciers non obligataires, la société avait intérêt à leur remettre, en échange de leurs obligations anciennes à revenus fixes, des obligations nouvelles à revenus variables, voire des actions. Ce faisant, elle réalisait les vœux des obligataires qui avaient entendu faire un placement de longue durée et qui n'étaient nullement intéressés à ce que celui-ci leur soit remboursé ; elle réalisait également les vœux des créanciers non obligataires à qui elle pouvait verser un dividende immédiat

81. — (1) Concordat homologué par le Tribunal de Commerce de la Seine, le 7 oct. 1931, cité par LOUISE, page 62.

(2) Concordat de la Société Lorraine Minière et Métallurgique, Paris, 16 mai 1935 (conclusions LAMOTHE), *Revue Pratique du Tribunal de Commerce de la Seine*, 1935.174 ; rapp. Com. Saint-Etienne, 9 juin 1908, J. F. 08.374.

(3) Concordat de la Société pour l'Eclairage des Villes, Paris, 6 janv. 1905, J. F. 05.200.

Voir d'autres exemples cités par BOUVIER, *Des moyens de prévenir les faillites*, thèse, Paris, 1935, pages 93 à 109.

et plus substantiel. Par surcroît, la société se dispensait de verser aux obligataires un dividende en argent qu'elle aurait été dans l'impossibilité de payer.

Un double obstacle s'opposait, cependant, au règlement des obligataire autrement qu'en espèces. Celui-ci heurtait d'abord la règle, non expressément inscrite dans le code, mais consacrée par la jurisprudence (4), d'après laquelle le concordat suppose essentiellement la distribution d'un dividende ferme payé en argent. Le règlement suivant des modalités distinctes et inégales des obligataires et des autres créanciers heurtait en outre la règle de l'égalité entre les créanciers.

L'insertion d'une clause d'option dans le concordat a le mérite de supprimer ce double obstacle.

En effet, si le paiement du dividende concordataire en actions ou en obligations ne peut leur être imposé, les créanciers peuvent l'accepter individuellement (5). D'autre part, on ne peut critiquer, au nom du principe de l'égalité, les concordats où figure la clause d'option, bien qu'ils soient votés aux majorités prévues par l'article 507 du code de commerce. A la condition que le droit d'option soit concédé à tous les créanciers, l'égalité entre les créanciers est respectée. Le fait que les créanciers, exerçant leur choix d'une manière différente, se trouvent en définitive inégalement traités, ne constitue pas une atteinte à la règle de l'égalité, puisque c'est librement en effet que ces créanciers ont choisi le mode de règlement qui éventuellement les défavorise (6).

On se gardera d'ailleurs d'insister.

(4) Paris, 12 fév. 1934, *Rev. Prat. Trib. Com. Seine*, 1934.127 ; Avocat Général Lamothe, conclusions sous Paris, 16 mai 1935, *Rev. Prat. Trib. Com. Seine* 1935, pages 193 et 194.

Contra : Percerou et Desserteaux, n° 1702, d'après qui le règlement des obligataires en obligations à revenus variables (non pas en actions) serait possible. Rapp. Req. 5 nov. 1895 (motifs), D. 97.I.113.

(5) On peut craindre cependant au cas où le dividende offert en argent serait minime, que les créanciers soient en fait contraints d'accepter le paiement en obligations ou en actions. Il y aurait alors dation en paiement. Le Tribunal devrait refuser l'homologation d'un semblable concordat. *Contra :* Req. 5 nov. 1895, D. 97.I.113.

(6) Au point de vue pratique, la clause d'option sauvegarde les droits des absents qui pourront, lorsqu'ils se présenteront, adopter la solution de leur choix sans qu'aucune ne leur soit imposée.

La validité des concordats à option est reconnue par une jurisprudence constante inaugurée par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 novembre 1895 (7), et à laquelle la doctrine a donné son approbation (8). La doctrine italienne se range aux solutions de la jurisprudence française (9).

Section III

VALIDITÉ DES ACTES PAR LESQUELS UN CRÉANCIER EST AVANTAGÉ PAR UN TIERS ET D'OU NE RESULTE AUCUNE CHARGE POUR L'ACTIF

Alors que les renonciations effectuées par un créancier au profit d'un autre créancier ne sont jamais à la charge de l'actif, les actes par lesquels un créancier est avantagé à la suite d'un acte conclu avec un tiers, et auquel le débiteur est resté étranger, peuvent être, suivant les cas, à la charge de l'actif ; ils sont alors inopposables à la masse : on l'a vu précédemment (1). En revanche, ces actes sont valables lorsqu'ils ne sont pas à la charge de l'actif. Cette solution est commune au droit italien (2) et au droit français. A la liberté des tiers, il existe une seule limite. L'avantage consenti à un créancier ne doit pas être accordé comme contre-partie de la promesse du créancier de voter dans un sens déterminé dans les délibérations de la faillite (article 597).

L'intervention valable des tiers peut revêtir des formes variées et se produire soit avant soit après la déclaration faillite.

(7) Concordat de la Société des Chemins de Fer Argentins, D. 97.I.113, note Thaller.

Voir également : Com. Seine, 22 avril 1901, J. F. 01.505 ; Seine, 3 déc. 1936 (concordat de la Société Chenard et Walker), *Rev. Prat. Trib. Com. Seine*, 1937.II.96.

(8) *Contra*, cependant : Paul Reynaud, « *Les concordats des Sociétés anonymes* », thèse, Paris, 1904, pages 258 et s.

(9) Rocco, *Il concordato*, n° 191, *in fine*, page 417.

(1) Cf. *supra*, page 180.

(2) Bonelli, 3e édition, 1939, volume 3, page 417.

82. — Intervention des tiers avant la déclaration de faillite.

Avant la déclaration de faillite, l'intervention des tiers prendra la forme classique du *cautionnement* (1) ou celle, plus nouvelle, de l'*assurance-crédit* ; il s'agit alors de l'assurance dite « assurance d'insolvabilité ou de bonne fin ». Un assureur s'engage envers un vendeur par exemple, à lui payer, au cas d'insolvabilité de l'acheteur, le montant de sa créance dans la limite d'un certain pourcentage, ordinairement fixé à 75 ou 80 %. Si le vendeur tire des traites sur son acheteur et les présente à l'escompte, il remettra en même temps au banquier un avenant qui lui transférera la garantie de la police d'assurance.

L'assurance-crédit est, il est vrai, peu répandue : la multiplicité des aléas et des facteurs de changements économiques et politiques entravent son essor. A la veille de la guerre, elle s'était, cependant, considérablement développée en France (2). Aux termes de dispositions récentes (3), elle est surtout conçue en fonction du commerce international.

Cautionnement et assurance se rapprochent en ce que dans les deux hypothèses, le tiers, caution ou assureur, prend à sa charge le risque de l'insolvabilité du débiteur. Ils sont valables lors même qu'ils sont conclus pendant la période suspecte. La masse ne saurait prendre ombrage de la situation meilleure dont bénéficie le créancier cautionné ou assuré, puisqu'elle n'en souffre aucun dommage. Sans doute, caution et assureur peuvent-ils recourir contre le failli, mais jamais ce recours n'augmente les charges de l'actif. Le cautionnement ou l'assurance n'ont d'autre effet que de substituer au créancier originaire désintéressé et qui ne produit pas, la caution ou l'assureur qui produisent à sa place. Au cas où le créancier

82. — (1) Cass. 10 janv. 1883, J. F. 83.79 ; Paris, 8 juil. 1894, J. F. 95.154

(2) De 3 milliards 500 millions, en 1935, le total des transactions garanties était passé à 9 milliards 502 millions en 1939. Dans ce dernier chiffre, les transactions à l'importation n'entraient même pas pour un milliard (POMME DE MIRIMONDE, *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1941, page 374)

(3) Art. 17, loi du 2 déc. 1945 ; décret du 11 avr. 1946 ; décret du 2 juin 1946, qui a créé la Cie d'Assurance française pour le commerce extérieur ; cf. la revue « *Banque* », sept.-oct. 1946, Germain THOMAS, *Le Commerce extérieur de la France et son financement*, notamment, page 16 ; MERLIN, *L'assurance-crédit à l'exportation*, *Rev. Gén. des Assur. Terrestres*, 1946, page 225.

originaire produirait d'abord à la faillite et réclamerait ensuite le solde de sa créance à la caution ou à l'assureur, ceux-ci ne pourraient plus se prévaloir de leur recours pour produire à la faillite, puisque le créancier y aurait déjà fait valoir sa créance. Dans les deux cas, le résultat pour la masse est identique.

L'hypothèse du cautionnement donne naissance à une difficulté particulière lorsque le cautionnement a été consenti par la femme du débiteur au cours de la période suspecte du fait qu'en vertu de l'article 2135 « la femme a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari à compter du jour de l'obligation ». Les créanciers de la masse ne manqueront pas de faire observer que le cautionnement de la femme leur nuit puisqu'il a pour effet de substituer, à leur détriment, une créance hypothécaire à la créance chirographaire originaire et que la naissance de l'hypothèque intervient au cours de la période suspecte, c'est-à-dire au cours de la période pendant laquelle aucun créancier ne peut plus, à la suite d'un acte volontaire de sa part, acquérir de cause de préférence. Cette difficulté a été résolue précédemment lorsque nous avons examiné la question de savoir dans quelle mesure les articles 446 et 447 du Code de Commerce étaient applicables aux actes auxquels le débiteur était resté étranger. On se souvient que, si l'opposabilité à la masse de l'hypothèque peut être mise en doute parce qu'elle est à la charge de l'actif, la validité du cautionnement ne peut être contestée (4).

De l'hypothèse du cautionnement et de l'assurance-crédit, on rapprochera celle où l'Etat s'engage par une loi à couvrir tout créancier, se trouvant dans les conditions qu'il précise, du non-paiement de sa créance : on en trouve un exemple dans l'ordonnance du 21 avril 1945 sur la restitution des biens spoliés. Aux termes de cette ordonnance, l'acquéreur de biens spoliés est tenu de rembourser tous les dommages causés par son fait ou par sa faute. L'article 7 prévoit

(4) Req. 18 août 1887, D. 87.I.155 ; BOUTAUD, thèse, *Des contrats de la femme avec des tiers dans l'intérêt du mari*, Paris, 1896, page 168 ; COMET, *Restrictions des droits de la femme au cas de faillite du mari*, thèse, Lyon, 1936, pages 176 à 186 ; GRANET, *Des restrictions de l'assiette et de l'étendue de l'hypothèque légale de la femme au cas de faillite du mari*, thèse, Aix, 1938, pages 172 à 180.

que si, à la suite de l'insolvabilité de l'acquéreur, l'indemnité ne peut être touchée, le propriétaire dépossédé recevra de l'Etat une indemnité dont le quantum et les modalités seront fixés en application des dispositions sur la réparation des dommages de guerre.

83. — Intervention des tiers après la déclaration de faillite.

L'intervention du tiers peut également se produire après la déclaration de faillite.

Ainsi, un tiers peut valablement acheter la créance d'un créancier du failli pour un montant supérieur au dividende qu'aurait touché le cédant dans la faillite, soit en vertu du concordat, soit en vertu de l'union. L'avantage qui en résulte pour le cédant ne peut être critiqué ; il ne constitue pas pour lui un enrichissement au détriment de la masse ; il est réalisé au détriment du cessionnaire. Or, on ne peut interdire au cédant de faire une bonne affaire (1). La doctrine italienne (2) rapporte une solution semblable mais la doctrine et la jurisprudence allemande la rejettent (3).

Un tiers peut valablement aussi intervenir à l'occasion du concordat pour avantager tel créancier individuellement ou tel groupe de créanciers. Ce tiers peut être l'Etat ou un particulier.

Ainsi, aux termes de l'article 8 du règlement transactionnel de la Banque Industrielle de Chine, homologué par arrêt de la Cour d'Appel de Paris, le 8 décembre 1923 (4), l'Etat s'engageait à échanger au pair les bons de répartition des seuls créanciers d'Extrême-Orient contre des bons Gold dollars des Etats-Unis, amortissables en 23 ans.

De même, la Cour de Rennes a valablement homologué par arrêt du 19 mai 1933 (5) un concordat auquel était intervenue la mère du failli qui s'engageait à verser aux seuls créanciers de celui-ci dont les créances avaient été admises avant la

83. — (1) Req. 13 fév. 1855, D. 55.1.339 ; Trib. Com. Seine, 28 déc. 1943, *La Loi*, 18 avril 1944.

(2) NAVARRINI, *Il fallimento*, 1926, page 283, n° 2420 ; ROCCO, *Il concordato*, 1902, page 400 ; BONELLI, commentaire de l'article 866.

(3) JAEGER, *Komentar Zur Konkursordnung*, commentaire de l'article 181, observation 4 ; décision du Reichsgericht, vol. 30.23.

(4) Cité par LOUISE, page 52.

(5) Rec. Rennes, 1933.371.

réunion de l'assemblée concordataire, 20 % en sus du dividende concordataire qui leur était promis.

Un tiers enfin peut désintéresser tel créancier de son choix en lui payant la différence entre le montant de sa créance et le montant du pourcentage auquel il a droit en vertu du concordat ou qu'il touche à la suite de l'union (6). On peut concevoir également qu'avant même le vote du concordat, un tiers verse un acompte à un créancier sur le montant de sa créance ou lui promette un remboursement intégral. Mais ce versement ou cette promesse risquent d'être critiqués : certaines décisions de jurisprudence présument en effet (sauf preuve contraire) que l'avantage consenti à un créancier avant le vote du concordat est le prix de son vote dans les délibérations de la faillite (7). La jurisprudence italienne ignore semblable présomption (8).

(6) Req. 19 mai 1868, D. 69.I.92 ; Trib. Civ. Seine, 9 juin 1893, J. F. 93.476 ; comp. Req. 25 nov. 1936, J. F. 37.121.

(7) Marseille, 12 nov. 1895, J. F. 97.38 ; Bordeaux, 4 mars 1897, J. F. 97.358 ; Com. Seine, 13 mars 1900, J. F. 02.359. *Contra :* Paris, 28 nov. 1881, *Journal des Trib. de Com.* 1882.143.

(8) Cass. italienne, 10 juin 1940, *Rivista del diritto commerciale*, 1949.II.521.

TITRE SIXIEME

LES CONFLITS ENTRE LES PRINCIPES JURIDIQUES ET LA REGLE DE L'EGALITE

84. — Introduction.

A l'égard des principes juridiques auxquels elle se heurte et qui seraient le germe d'inégalités entre les créanciers, ou qui, plus largement, contrarieraient le but qu'elle poursuit, la règle de l'égalité agit ordinairement comme un dissolvant.

Ainsi, la règle de l'égalité fait fléchir la règle de l'autorité relative des jugements au cas d'action Paulienne exercée par un créancier après le jugement déclaratif ; la jurisprudence reconnaît en effet dans ce cas à l'action Paulienne un effet absolu (1).

De même, pour que ne soit pas dépassé le but qui est celui du principe de l'égalité, les règles qui traditionnellement constituent le régime des nullités absolues sont écartées et l'on a montré comment l'exécution du concordat pouvait entraîner la validation automatique d'actes nuls de nullité absolue (2).

Les règles de la faillite elles-mêmes ne sont pas à l'abri du dynamisme irrésistible du principe de l'égalité. Par deux fois, la règle de l'égalité écarte la règle du dessaisissement, pièce maîtresse cependant de tout l'édifice de la faillite. En dépit de la règle du dessaisissement en effet, les créanciers nouveaux sont admis à concourir avec les créanciers anciens sur l'actif commercial nouveau créé par le failli pendant le déroulement des opérations de sa faillite, et qui viendrait à être

84. — (1) Cf. *supra*, page 149
(2) Cf. *supra*, page 41, n° 14.

liquidé à la suite d'une nouvelle faillite du débiteur (3). C'est encore la règle du dessaisissement qu'au nom de l'égalité la jurisprudence écarte en autorisant les créanciers à intenter l'action Paulienne après le jugement déclaratif (4).

Il est, en revanche, des principes juridiques qui ont résisté à l'action dissolvante de la règle de l'égalité entre les créanciers. On citera le principe d'après lequel « Voies de nullités n'ont lieu en France contre les jugements, hormis les cas de tierce opposition » (5). Le conflit qui oppose le principe de la cause et la règle de l'égalité entre les créanciers est un autre exemple de la résistance victorieuse, au moins partiellement, opposée par un principe juridique à l'action de la règle de l'égalité.

Au vrai d'ailleurs, le problème de l'efficacité de la notion de cause est celui que pose le conflit entre la règle de l'égalité entre les parties à un même rapport synallagmatique et la règle de l'égalité entre les créanciers dans la faillite.

La théorie de la cause en effet est la traduction technique du principe juridique de l'équivalence ; elle est bâtie sur l'idée d'équilibre juridique entre les prestations réciproques auxquelles sont astreintes les parties à un même rapport synallagmatique (6). La cause, comme l'a écrit M. Maury, est la « force qui justifie d'un patrimoine à un autre un déplacement de valeur ». En pratique, la mise en œuvre de la notion de cause et le respect de l'égalité entre les parties à un même rapport synallagmatique sont réalisés par deux moyens techniques. L'un est destiné à empêcher préventivement que l'égalité soit rompue : c'est l'exception d'inexécution ; l'autre est destiné à rétablir l'égalité rompue à la suite de l'inexécution, par l'une seulement des parties, de son obligation ; il n'existe qu'au cas où les obligations des parties sont nées d'un contrat : c'est l'action en résolution.

(3) Cf. *supra*, page 155.
(4) Cf. *supra*, page 32.
(5) Cf. *supra*, pages 190 et s.
(6) Sur cette conception de la notion de cause, MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 2 vol. 1920 ; PLANIOL et RIPERT, tome VI, par ESMEIN, 1925, nos 252 et 449 ; HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse, Paris, 1937, pages 159 et 353 ; NIBOYET, *Cours de Droit Civil*, 2e année (1938-1939) ; voir également, à propos de l'enrichissement sans cause, Louis LUCAS, *Volonté*

Le problème posé par le conflit entre la théorie de la cause et la règle de l'égalité entre les créanciers au cas de faillite se ramène en définitive à celui du jeu de ces moyens dans la faillite.

En schématisant, on peut dire que l'exception d'inexécution est maintenue au cas de faillite, que l'action en résolution est supprimée, à moins qu'elle ne soit la sequelle de l'exception d'inexécution. L'application de l'une, le rejet de l'autre sont fonction de l'exécution de la convention. Tant que les parties à un même rapport synallagmatique n'ont pas exécuté leurs obligations, l'égalité entre les parties, grâce au jeu de l'exception, l'emporte sur l'égalité entre les créanciers. Au cas de vente et de faillite de l'acheteur, l'article 577 porte expressément : « Pourront être retenues par le vendeur les marchandises par lui vendues qui ne seront pas délivrées au failli ». En revanche, lorsque le co-contractant du commerçant a seul exécuté son obligation, l'action en résolution n'est plus possible ; l'égalité entre les parties fléchit devant l'égalité entre les créanciers. Ainsi, le vendeur qui a livré la chose est réduit à produire à la faillite (article 576). La raison de cette différence est aisément explicable. Dans le premier cas, le créancier qui n'avait pas exécuté son obligation n'avait pas fait effectivement crédit ; l'exception d'inexécution, mise en œuvre de la force d'inertie, lui assure une position favorable que l'on ne peut critiquer ; au second cas, le créancier, en exécutant son obligation, a accordé au débiteur un crédit effectif ; la suppression de l'action en résolution est justifiée, la loi du marc le franc étant en effet la règle commune à tous ceux qui ont fait crédit.

En définitive, la solution du conflit entre le principe de la cause et le principe de l'égalité entre les créanciers réside, non pas dans l'exclusion de l'un des deux principes par l'autre, mais dans une application distributive de l'un et de l'autre. L'hypothèse de l'inexécution par les parties de leurs obligations marque le triomphe de la théorie de la cause sur la règle de l'égalité ; l'hypothèse de l'exécution par le créancier du commerçant de son obligation — si l'on généralise la solu-

et cause, thèse, Dijon, 1918, pages 135 et 198 ; RENARD, *Rev. Trimest.* 1920, pages 243 et s. ; ROUAST, *Rev. Trimest.* 1922, page 35.

tion donnée à l'égard de l'action en résolution — marque le triomphe de la règle de l'égalité sur la théorie de la cause.

On illustrera ces deux règles, à propos de l'examen de la compensation entre dettes connexes, dans les deux chapitres qui composeront ce titre et qui seront intitulés, le chapitre premier : « L'application de la théorie de la cause, échec de la règle de l'égalité » ; le chapitre second : « L'application de la règle d'égalité, échec de la théorie de la cause ».

CHAPITRE PREMIER

L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE LA CAUSE, ÉCHEC DE LA RÈGLE DE L'ÉGALITÉ

(La compensation entre dettes connexes)

85. — Le problème de la compensation entre dettes connexes.

C'est un lieu commun que de dire que le jugement déclaratif de faillite fait obstacle à toute compensation entre créances et dettes qui auraient manqué, jusqu'alors, des qualités d'exigibilité et de liquidité. Le débiteur du failli devra payer intégralement sa dette et produire à la masse pour les sommes dont il peut être créancier ; ainsi le veut le principe de l'égalité.

Cette solution est commandée par la nature de la compensation. Dans la conception française, issue d'une compréhension erronée des textes du droit romain (1), la compensation est analysée comme un double paiement. L'existence de deux obligations liquides et exigibles existant en sens inverse entre les mêmes personnes et ayant pour objet une somme d'argent conduit à l'extinction automatique de celles-ci jusqu'à concurrence de la plus faible. Il résulte de là que la compensation n'est possible que lorsqu'un paiement effectif des dettes en présence est possible. Or, à raison du dessaisissement qui le frappe à la suite du jugement déclaratif de faillite, le failli ne peut plus ni payer ni recevoir paiement ; l'un de ses débiteurs ne peut en conséquence compenser sa dette avec la créance qu'il possède contre lui, au cas où l'une des

85. — (1) Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914, pages 115 et 116.

deux obligations aurait manqué, avant le jugement déclaratif de faillite, d'une condition requise pour qu'opère la compensation (2).

L'application stricte du principe de l'égalité, justifiée lorsque les dettes réciproques sont indépendantes l'une de l'autre, conduit à des solutions rigoureuses au cas où les obligations réciproques non liquides et non exigibles au jour du jugement déclaratif sont connexes, c'est-à-dire, ont leur source dans un même rapport juridique (3). Un exemple en témoignera : un mandataire a reçu des fonds pour le compte de son mandant-commerçant ; or, à l'occasion même du mandat, il est devenu créancier de celui-ci à raison du salaire convenu par exemple, ou d'avances qu'il a faites. Survient la faillite du mandant avant que les créances du mandataire n'aient été liquidées. Le mandataire sera-t-il contraint de payer ce qu'il doit, quitte à recevoir sous forme de dividende le paiement des sommes dont il est créancier ? Telle est la question. L'équité murmure contre ces conséquences doctrinales et postule l'admission de la compensation en dépit de l'absence de la réunion des conditions de celle-ci au jour du jugement déclaratif.

86. — Sources de la connexité.

Le problème est d'importance car l'existence d'obligations connexes portant sur des sommes d'argent est fréquente. La

(2) Il importe peu que, par application de l'article 444, le jugement déclaratif de faillite rende exigible la créance du créancier du failli.

(3) Dans certaines hypothèses, il est inutile de recourir au jeu de la compensation entre dettes connexes. La compensation suppose deux créances réciproques distinctes qui s'opposent ; la créance la plus faible vient en déduction de la créance la plus forte et produit le solde. Dans certains cas, bien que les créances réciproques soient connexes, on peut arriver à ce résultat plus simplement en dehors de toute compensation. Il suffit de considérer qu'il n'existe qu'une créance unique qui, d'un montant déterminé lors de sa naissance, se trouve postérieurement réduite. Ainsi, au cas de contrat à exécution successive, tel qu'un contrat d'assurance, plutôt que d'admettre, à la suite de la faillite de l'assureur, l'assuré qui n'a pas payé la prime en cours a compenser sa dette de prime avec sa créance de prorata de prime, il est plus simple de considérer que l'assuré n'est tenu que de la portion de prime correspondant à la période antérieure à la résiliation (Civ. 2 mars 1938, D. 38.I.89, note Besson ; art. 5 du décret-loi du 25 août 1937, reproduit aux articles 15 et 26 du décret-loi du 14 juin 1938). La théorie de la cause justifie cette solution. Peu importe que le montant de la dette publique fût inconnu, non liquide au jour de la déclaration de faillite.

connexité entre obligations connexes découle en effet de leur communauté d'origine. Les contrats, notamment les contrats d'administration dont le mandat est le type, ne sont pas la seule source d'obligations connexes. La communauté d'origine existant entre obligations réciproques peut être également de nature extra-contractuelle. La participation de la volonté du débiteur et du créancier à la naissance du rapport juridique n'est pas essentielle et la connexité entre obligations réciproques nées en dehors de la volonté du créancier et du débiteur n'a pas une valeur ou une force différente de celle qui résulte de la volonté créatrice du créancier et du débiteur.

Les quasi-contrats, en particulier la gestion d'affaires, peuvent donner naissance à des obligations connexes. L'article 1371 du code civil le prévoit implicitement lorsqu'il dispose : « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». Les rapports d'origine légale peuvent également engendrer des obligations connexes ; les hypothèses d'administration légale du patrimoine d'autrui, notamment la tutelle, en fournissent des exemples. Enfin, doivent encore être considérées comme incluses dans le même rapport juridique d'origine commune, non seulement les créances et les dettes nées de l'exécution des obligations contractuelles ou extra-contractuelles, mais aussi les créances et les dettes nées de leur inexécution ou de leur mauvaise exécution. Ainsi, la dette de l'acheteur et sa créance de dommages-intérêts pour retard dans la livraison sont connexes.

87. — L'explication de la compensation entre dettes connexes au moyen de la notion de compte. — Critique.

Pour équitable que soit la solution, on ne dissimulera pas que le créancier qui, au cas de dettes connexes, pourra invoquer la compensation, en l'absence de la réunion de ses conditions au jour du jugement déclaratif, bénéficiera d'une faveur particulière, destructive de l'égalité qui doit régner entre les créanciers d'un même débiteur. La jurisprudence néanmoins, hormis certaines décisions rendues, notamment

dans l'hypothèse des créances nées d'un contrat et de dettes résultant de son exécution (1), a montré un accueil favorable aux suggestions de l'équité. Il importait donc au premier chef de leur assigner un fondement juridique et technique car l'équité, pour être prise en considération, a besoin de trouver son expression dans des règles techniques et cette nécessité est d'autant plus impérieuse qu'en l'occurrence, l'équité semble s'insurger contre un principe solidement établi. C'est une voie plus facile que la jurisprudence a suivie jusqu'à ces dernières années ; elle a cherché à justifier la compensation entre dettes connexes en la plaçant dans le cadre d'une autre institution.

Frappés en effet des effets merveilleux du compte-courant, qui transforme, en l'absence de toute compensation, les créances et les dettes réciproques en un solde final, générateur d'une créance unique au profit de l'une ou de l'autre des parties au compte, les tribunaux les ont transposés aux diverses hypothèses de créances et de dettes connexes. Les créances et les dettes réciproques nées d'un même rapport synallagmatique sont alors devenues les éléments d'un compte analogue quant à ses effets au compte courant. Avec un soin pharisaïque, et dans la crainte qu'il leur soit fait grief de violer la loi, les tribunaux ont d'ailleurs pris soin de faire observer dans leurs décisions que « en matière de compte, les principes qui régissent la compensation sont inapplicables » (2).

87. — (1) Req. 16 août 1875, S. 75.I.444 ; Trib. Com. Seine, 23 avril 1934, G. P. 34.II.128 ; Civ. Cass. 6 déc. 1937, S. 39.I.20, R. G. D. C. 1938.700, note HÉMARD ; Nancy, 17 janv. 1940, D. H. 40.65 ; PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, page 207, note 1, citent comme exemple de cette jurisprudence : Civ. 27 oct. 1907, S. 09.I.538 ; à tort, semble-t-il, car le créancier qui invoquait la compensation se fondait sur une faute contractuelle par lui commise et qui l'avait rendu débiteur. Or, l'exception non adimpleti contractus dont la compensation n'est que le revêtement, ne peut pas être invoquée par celui qui se prévaut de ses propres manquements aux obligations résultant du contrat. Cf. également : Trib. Com. Seine, 30 avr. 1934, *Journal des Trib. de Com.* 1936.25, J. F. 35.155 ; Montpellier, 6 mai 1936, J. F. 36.146 rendus au cas de résolution d'un marché à livrer. Ces deux dernières décisions ont décidé que le vendeur, débiteur par application se l'article 578 du code de commerce de la restitution d'acomptes par lui touchés, ne pouvait compenser sa dette avec sa créance de dommages-intérêts.

(2) Rouen, 14 juin 1870, S. 71.II.132 ; Civ. 3 mars 1891, D. 91.I.249 ; Cass. 16 mars 1892, D. 92.I.232 ; req. 2 mai 1893, S. 96.I.516 ; Colmar, 15 juil. 1938, *Revue Jur. Alsace-Lorraine*, 1939.241 ; Civ. 25 mai 1943, D. C. 44.J.25.

Une fois admise, la notion de compte a été l'objet d'applications nombreuses en jurisprudence.

Les créances nées d'un contrat et les dettes nées de son inexécution (3), de sa nullité (4), de sa résolution ou résiliation ont été tour à tour considérées comme les éléments actif et passif d'un même compte arrêté au jour de la déclaration de faillite et dont la balance était seule à considérer. D'après un arrêt récent de la Chambre Civile, c'est encore un compte indivisible qui fixe la situation respective de l'assureur créancier de primes échues et liquides et de l'assuré créancier, à la suite de la réalisation du risque, d'une indemnité non encore liquidée (5).

Des arrêts ont consacré des solutions analogues en matière de mandat (6) et de tutelle (7). De même ont-ils jugé qu'en cas de liquidation d'une indivision, il convenait de balancer les créances et les dettes de chaque indivisaire. Ainsi, sous le régime de communauté, les récompenses dues par la femme à la communauté et les reprises dues par la communauté à la femme ont été considérées comme constitutives des éléments d'un compte (8).

D'après certains auteurs (9), l'idée de compte expliquerait encore le mécanisme du rapport de dettes et la situation préférable faite aux co-héritiers du débiteur failli par rapport

(3) Cass. 16 mars 1892, D. 92.I.232 ; Bordeaux, 9 nov. 1908, J. F. 09.420 ; Paris, 24 mai 1927, G. P. 27.II.317 ; Req. 7 fév. 1928, D. 28.I.70, note Besson ; rapp. Req. 19 mai 1885, J. F. 85.319. La solution de l'arrêt de la chambre civ. du 2 mars 1948 (J. C. P. 48.II.4408 note Toujas), qui rejette la compensation ne peut manquer de surprendre.

(4) Colmar, 15 juill. 1938, *Rev. Jur. Alsace-Lorraine*, 1939.241.

(5) Civ. cass. 25 mai 1943, D. C. 44, J. 25, note Besson, J. C. P. 43.II. 2498 ; note P. L. P. L'arrêt invoque en outre la connexité entre obligations nées d'un contrat synallagmatique.

(6) Req. 21 mai 1893, S. 96.I.516 ; Nancy, 21 mai 1904, J. F. 08.408 ; rapp. Cass. 5 mai 1873, D. 73.I.438 ; Civ. 4 juil. 1894, S. 94.I.413, ces deux derniers arrêts non rendus en matière de faillite.

(7) Rouen, 14 juin 1870, S. 71.II.132 ; rapp. Cass., 9 déc. 1874, S. 76.I.26 non rendu en matière de faillite.

(8) Caen, 27 juin 1874, D. 76.II.138 ; Amiens, 16 mai 1877, D. 80.II.215 ; Cass. 3 mars 1891, D. 91.I.249 ; Angers, 11 mai 1891, S. 92.II.112 ; rapp. Civ. 15 mai 1872, S. 72.I.313 (arrêt non rendu en matière de faillite) ; Civ. 5 déc. 1933, D. 34.I.25 ; Civ. 1er mars 1938, D. H. 38.275 rendus à l'occasion de la liquidation d'une succession, mais en dehors de la faillite de l'un des co-partageants ; Civ. 19 déc. 1939, S. 40.I.10 (non rendu en matière de faillite) ; cf. Capitant, *L'indivision héréditaire*, Rev. Crit. 1924, page 95.

(9) Rifert et Boulanger, tome III, n° 3019 ; Rouast, *Cours de Doctorat*, 1942.1943.

aux créanciers de ce dernier : « la dette du co-partageant ne serait plus qu'un élément de compte dans le règlement général qui intervient entre co-partageants » (10).

Assurément, le recours au mécanisme du compte est séduisant, mais la justification que la jurisprudence a prétendu en tirer est purement verbale. Voilà longtemps d'ailleurs que la doctrine française (11) a montré le caractère artificiel de l'assimilation des simples comptes au compte courant. La distinction entre le compte courant proprement dit et le simple compte n'a pas échappé non plus à la doctrine italienne (12). C'est par un abus de langage en effet que l'on a parlé de compte indivisible, d'articles de crédit, de débit, de balance du compte. En dehors du compte courant, il n'existe pas de vrais comptes. Les comptes envisagés sont constitués par le rapprochement d'opérations diverses dans un simple dessein de commodité comptable ; ils ne produisent, par eux-mêmes, aucun effet juridique. Ils n'ont aucun effet créateur et n'emportent aucune obligation distincte de celles qui dérivent des opérations passées par les parties. Le compte n'a pas pour effet, comme le compte courant, de fusionner les opérations en un tout indivisible et homogène ne laissant subsister ni créances ni dettes, mais des postes numériques concourant à la liquidation du compte. Chaque partie, pendant la durée de fonctionnement du compte, demeure créancière ou débitrice ; créances et dettes se confondent si peu que dans l'espèce d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 février 1928 (13), le créancier du failli qui avait payé sa dette au syndic du failli avant que sa créance ne devînt liquide, a été déclaré fondé à réclamer au syndic le paiement intégral de sa créance (14).

(10) Ripert et Boulanger, précités.

(11) Labbé, note au S. 1879.II.145 ; Cassin, *De l'exception, tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse, Paris, 1914, pages 210 et s. ; Besson, note au D. 1928.I.70 ; Hamel, tome I, pages 366 et 526.

(12) M. Chavanne dans sa thèse intitulée *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Lyon 1947, a défendu le recours à la notion de compte, voir notamment pages 202 et s. *Digesto nuovo italiano*, 1938, v° *Conto corrente*, n° 5 ; Morando, *Il contratto di conto corrente*, 1932, n° 3. Contra : Lordi, *Il fallimento*, 1946, page 36.

(13) D. 28.I.70, note Besson.

(14) M. Chavanne (thèse précitée) reconnaît lui-même que le compte

Au surplus, la méthode suivie par la jurisprudence est critiquable. C'est partir en effet d'une mauvaise méthode que de chercher à justifier une institution par une autre ; cette manière de procéder ne fait que reculer la difficulté sans la résoudre, surtout lorsque l'analogie entre les deux institutions est purement extérieure et ne correspond pas à une identité de nature. C'est en allant au cœur même de l'institution que l'on peut parvenir à la justifier. Seule la détermination du fondement de la compensation entre dettes connexes peut fournir la justification de celle-ci.

88. — Le fondement réel de la compensation entre dettes connexes : la notion de cause.

La compensation entre dettes connexes a un fondement différent de la compensation entre dettes non connexes. Cette différence de fondement justifie seule une différence de régime.

Lorsqu'elle opère entre dettes nées de rapports juridiques distincts, la compensation est fondée sur l'autorisation de la loi. Que l'on veuille bien y réfléchir, en effet. Pour que le débiteur de la dette la plus élevée fût fondé à refuser le paiement effectif de sa dette jusqu'à concurrence de sa créance, il fallait que la loi vînt lui en reconnaître le droit. Le seul fait que deux personnes soient réciproquement créancières et débitrices ne suffit pas à créer un lien entre les obligations, qui, en l'absence d'une disposition précise de la loi, fonderait le débiteur à retenir les sommes dont il est débiteur jusqu'à concurrence des sommes dont il est créancier. Vainement le débiteur prétendrait-il que s'il payait, alors que son co-contractant n'exécuterait pas de son côté son obligation à son égard, le paiement qu'il effectuerait serait sans cause. La théorie de la cause n'a pas d'application ici ; l'obligation de chacun des débiteurs à sa cause propre en vertu de laquelle elle est née. Seule l'autorisation de la loi justifie le débiteur à

est « un *cadre* préétabli pour les situations juridiques où les faits et actes juridiques présentant un lien de connexité viennent se placer » (page 234), « un instrument juridique qui permet à des obligations connexes de se régler d'une manière équitable » (page 238). Au surplus, si la notion de compte est justifiée par le seul souci d'équité, le problème reste entier de savoir comment, en matière de faillite, l'équité peut faire fléchir la règle de l'égalité.

refuser de payer, en prononçant l'extinction des dettes réciproques à due concurrence.

Si l'on reconnaissait pour fondement à la compensation entre dettes connexes la volonté de la loi, il faudrait conclure que la compensation est impossible au cas, notamment, où l'une des dettes réciproques n'était pas liquide à la date du jugement déclaratif de faillite. La compensation fondée sur l'autorisation de la loi n'est possible qu'aux conditions qu'elle pose. Mais lorsque les dettes réciproques sont connexes, la compensation, le droit pour chaque créancier de retenir jusqu'à due concurrence les sommes dont il est débiteur, n'a pas besoin pour exister de l'autorisation de la loi : il trouve son fondement dans la théorie de la cause. L'application de la théorie de la cause conduit à ce résultat surprenant de rendre possible la compensation entre dettes connexes qui auraient manqué des conditions de liquidité ou d'exigibilité au jour du jugement déclaratif. La démonstration en est aisée.

Les créances connexes se servent en effet mutuellement de cause. Le fait qu'elles portent sur des sommes d'argent n'est d'aucune influence quant à l'application de la théorie de la cause. En matière contractuelle, dans les hypothèses où les dettes réciproques d'argent sont nées d'un rapport synallagmatique normalement destiné à les engendrer, l'obligation de payer de chaque partie a pour cause l'exécution des engagement originaires de l'autre partie. Dans les hypothèses où l'une des deux dettes d'argent réciproques nées à l'occasion d'un même rapport synallagmatique résulte de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, l'obligation pour l'autre partie de payer le prix convenu a sa cause dans le paiement sous forme de dommages-intérêts de la somme équivalente à l'avantage que lui eût procuré l'exécution effective.

Les obligations qui dérivent d'un contrat ne sont pas les seules à avoir une cause. Les obligations extra-contractuelles, légales ou quasi-contractuelles, ont également une cause (1). C'est ainsi que, dans la gestion d'affaires (2), la cause de l'engagement du gérant est dans la prestation que le géré

88. — (1) NIBOYET, *Cours de Droit Civil*, 2e année, 1938-1939, page 984.
(2) NIBOYET précité, page 619.

devra faire pour lui rembourser ses frais et, peut-être, lui donner un salaire. La cause de l'obligation du géré réside dans l'utilité de la gestion et dans les débours effectués par le gérant. On pourrait raisonner de même en matière de tutelle.

89. — La compensation entre dettes connexes et l'exception d'inexécution.

Par application de la théorie de la cause, chaque partie à un même rapport juridique synallagmatique est autorisée à refuser l'exécution de son obligation, à en retenir l'objet tant que l'autre partie n'exécute pas la sienne, sinon l'obligation de la partie qui s'exécuterait serait sans cause. Ce refus, cette rétention sont la mise en jeu de l'exception d'inexécution. La solution, certaine lorsque l'objet de l'obligation est une chose corporelle, ne peut davantage être contestée lorsque l'objet de l'obligation porte sur une somme d'argent.

Au droit pour le co-contractant du commerçant d'invoquer l'exception d'inexécution, la faillite ne vient pas faire obstacle. Lorsque le syndic invoquera le rapport juridique synallagmatique auquel le failli a été partie et réclamera paiement intégral de la créance de ce dernier, il sera bien forcé d'admettre que le rapport juridique, contractuel ou extra-contractuel, dont il se prévaut forme un tout indivisible qui ne peut être désarticulé et que s'il exige le paiement de la créance qui en résulte au profit du failli, il doit tenir compte de la dette que ce même rapport juridique a mis à la charge du failli, autrement dit, admettre la compensation, à peine de se voir opposer l'exception d'inexécution. Chargé de recouvrer les créances du failli (article 471 alinéa 3 du c. com.), le syndic ne dispose que des droits du failli ; il ne peut exiger des débiteurs du failli que ce que le failli lui-même aurait pu leur réclamer (1).

Rapprocher l'exception d'inexécution et la compensation, mieux, déduire la compensation de l'exception peut paraître audacieux et dérouter l'esprit. On enseigne en effet que la compensation est un mode indirect d'extinction des obligations, que l'exception est une situation d'attente qui laisse

89. — (1) Rapp. Lyon, 17 janv. 1911, *Moniteur Judiciaire Lyon*, 24 fév. 1911.

espérer que l'exécution aura lieu, que l'exception n'éteint pas l'obligation, qu'elle paralyse seulement l'action du créancier. Loin de conduire à une impasse, le rapprochement entre la compensation et l'exception d'inexécution, pour audacieux qu'il soit, est pleinement justifié. Si la compensation et l'exception d'inexécution conduisent à des résultats différents, c'est que, le plus souvent, la compensation est invoquée à l'occasion d'obligations portant sur des choses fongibles, l'exception d'inexécution à l'occasion d'obligations dont l'une au moins porte sur des objets non fongibles. Le fait que l'exception d'inexécution est opposée à l'occasion d'obligations réciproques portant, l'une et l'autre, sur des sommes d'argent, entraîne pour l'exception des effets plus complets que ceux qu'on lui reconnaît ordinairement, à savoir : les effets mêmes de la compensation : l'extinction à due concurrence des obligations réciproques. La compensation est alors la conséquence de l'exception d'inexécution dont le but demeure toujours le même : obtenir une exécution concomittante des obligations réciproques. Or, comme on l'a écrit (2) : « il est impossible d'obtenir une exécution concomittante plus parfaite que par la compensation qui est un mode d'extinction purement intellectuel ».

La théorie de la cause permet ainsi d'assigner un fondement juridique précis à la compensation entre dettes connexes. Lorsque l'on avait dit, en effet, que la connexité entre obligations réciproques résulte de leur communauté d'origine, on avait déterminé en fait le signe extérieur auquel peut se reconnaître l'existence de la connexité ; on n'avait pas déterminé son fondement juridique.

Détachée et indépendante de la compensation du droit commun, la compensation entre dettes connexes emprunte ses conditions de mise en jeu à l'exception d'inexécution dont elle est la conséquence. C'est là l'intérêt du rattachement de la compensation entre dettes connexes à l'exception d'inexécution ; il entraîne en effet des facilités plus grandes de mise en jeu de la compensation. Par ailleurs, le domaine d'application de la compensation entre dettes connexes est fonction de celui de l'exception d'inexécution.

(2) Houin, thèse précitée, page 360.

a) La compensation entre dettes connexes pourra être opposée par le créancier du failli, même si les créances réciproques ne sont pas liquides. La condition de liquidité des créances, exigée au cas de compensation ordinaire, n'est pas en effet une condition de l'exception d'inexécution. Débiteur du prix de travaux effectués et créancier du failli pour malfaçons, le maître de l'ouvrage dont la créance n'est pas liquidée pourra opposer la compensation au syndic du failli qui lui réclamera le montant du prix des travaux, sauf à solliciter immédiatement du juge, par demande reconventionnelle, la liquidation de sa créance. C'est ici que le lien qui rattache la compensation entre dettes connexes à l'exception d'inexécution se manifeste le plus clairement. Le juge n'a pas la faculté de rejeter la demande reconventionnelle comme il en aurait normalement le droit, s'agissant de compensation judiciaire (3), en tirant prétexte des lenteurs qu'entraînerait la liquidation. Il est tenu de déférer à la reconvention ; la liquidation de la créance et la compensation qui en résultera sont, en matière d'obligations connexes, un droit strict pour celui qui les sollicite malgré la survenance de la faillite du débiteur (4).

b) Le rattachement de la compensation spéciale entre dettes connexes à l'exception d'inexécution entraîne toutefois l'exigence d'une condition que ne requiert pas la mise en jeu de la compensation ordinaire : la bonne foi. L'exigence de la condition de bonne foi apparaît normalement au cas où la compensation est invoquée entre les créances nées d'un contrat et les dettes nées de son inexécution (par exemple entre la créance de loyer du propriétaire et la dette de réparation qui lui incombe). Si le bailleur s'est abstenu d'exécuter ses obligations pour pouvoir invoquer la compensation entre sa dette de dommages-intérêts et sa créance de loyer, la demande de compensation judiciaire sera, à bon droit, rejetée par le juge (5). L'exception d'inexécution est interdite en effet au créancier qui se procure par des agissements irréguliers une

(3) PLANIOL et RIPERT, tome VII, par ESMEIN, n° 1296 ; c'est à tort que l'arrêt du 16 mars 1942, D. C. 44, J. 1 a parlé de compensation légale : cf. P. L. P. note J. C. P. 1943.II.2498, 6e col.

(4) HOUIN, thèse précitée, page 361.

(5) Civ. Cass. 27 oct. 1907, D. 1907.I.508 ; S. 09.I.513, note BOURCART.

garantie de paiement à laquelle il ne pouvait normalement prétendre.

c) Il est de peu d'intérêt de signaler que l'exception de compensation emprunte à l'exception d'inexécution la condition d'exigibilité des créances réciproques puisque cette exigence est une condition de la compensation entre dettes non connexes. Cependant, alors que la mise en jeu de l'exception de compensation ordinaire exige, au cas de faillite, que la créance du failli fût exigible au jour du jugement déclaratif, il suffit, pour que puisse être invoquée l'exception de compensation spéciale, que la créance du failli fût exigible au jour où l'exception est opposée.

d) La compensation comme l'exception suppose l'existence de deux personnes respectivement créancière et débitrice. La règle est d'évidence ; son rappel permet de préciser le champ d'application de la compensation entre dettes connexes. Les rapports en moins prenant imposés sous forme de prélèvement aux co-héritiers ou aux conjoints, débiteurs de la masse commune, la liquidation des reprises et récompenses de la femme acceptante ne peuvent s'expliquer en recourant à la compensation spéciale entre dettes connexes fondée sur l'exception d'inexécution, la communauté conjugale, pas plus que l'hérédité, n'étant une personne juridique (6).

90. — Triomphe en jurisprudence de la notion de cause.

Ces principes, depuis longtemps présentés en doctrine, ont finalement triomphé en jurisprudence au cours de ces dernières années, comme ils ont triomphé en Italie, sous l'empire du code de 1882 (1).

Par un arrêt de la Chambre Civile du 18 octobre 1938, la Cour de Cassation avait ouvert la voie (2). Deux nouveaux

(6) Dans ces hypothèses, il faut reconnaître que le recours à la notion du compte, indépendamment des critiques qui peuvent lui être adressées, rend compte d'une manière heureuse de la situation.

90. — (1) LORDI, *Il fallimento*, 1946, pages 35 et s.

(2) D. H. 38.593 ; S. 38.I.371. L'arrêt a trait au contrat d'abonnement d'électricité. Le consommateur avait déposé à la société distributrice un cautionnement à titre d'avance sur consommation. Survint la faillite de l'abonné ; le consommateur était débiteur du montant du courant utilisé. La société distributrice, débitrice du cautionnement, mais créancière des sommes dues pour consommation d'électricité, opposa la compensation ; celle-ci n'avait pu se réaliser avant la faillite car la dette

arrêts de la Chambre Civile, rendus en 1942, ont confirmé l'orientation nouvelle prise par la Cour de Cassation. Ils consacrent expressément l'application de l'exception d'inexécution et la justifient en faisant appel implicitement à la théorie de la cause. « Attendu — lit-on aux motifs d'un arrêt du 16 mars 1942 (3) — que, lorsqu'il est établi que les dettes réciproques de deux parties à un contrat dérivent, à raison de cette circonstance, d'une même cause et qu'il existe entre elles un lien d'interdépendance par l'effet duquel l'un des co-contractants est fondé à refuser d'exécuter son obligation tant que l'autre n'a pas exécuté la sienne, la mise en liquidation judiciaire de l'un d'eux ne saurait faire obstacle à la compensation légale bien que la créance invoquée à cet effet par le débiteur n'eût pas été auparavant liquide et exigible ».

Aussi explicites sont les motifs de l'arrêt du 13 juillet 1942 (4) : « attendu que, si en principe le dessaisissement fait obstacle à toute compensation entre créances qui ont manqué, jusqu'alors, de liquidité et d'exigibilité, il en est autrement lorsque les créances réciproques sont connexes, se servent de couverture et qu'en conséquence un droit de rétention peut être invoqué » (5).

Ainsi, après avoir fait appel, pendant la seconde moitié du XIX^e^ siècle et le début du XX^e^ siècle, à la notion de compte, la Chambre Civile revient, à 109 ans d'intervalle, à une solution qu'inconsciemment peut-être mais très exactement, elle avait

de la compagnie n'était pas exigible et l'était seulement devenue par la résiliation du contrat d'abonnement consécutif à la faillite de l'abonné. Le Tribunal de Commerce rejeta la prétention de la Société ; son jugement fut cassé par l'arrêt précité, dont les motifs sont encore timides et laconiques : « Attendu — y lit-on — que, lorsqu'il est établi que l'un des co-contractants est créancier de son co-contractant et qu'il existe un lien de connexité entre la créance et le montant de sa dette vis-à-vis de celui-ci en raison de leur communauté d'origine, la compensation est licite en matière de faillite ».

(3) Civ. 16 mars 1942, D. C. 44, J 1 note CHÉRON ; J. C. P. 42.II.1895, note ROUSSEAU.

(4) Civ. 13 juillet 1942, D. C. 44 J. 1, note CHÉRON ; J. C. P. 43.II.2157, note HOUIN. — Voir également Cass. Civ. 10 déc. 1946, D. 1947.87.

(5) Outre les arrêts précités de la Cour de Cassation, on consultera également, à raison de la rectitude de ses motifs, un jugement du Trib. Civ. de Gray du 27 octobre 1936, G. P. 36.II.890 qui, en faisant appel à l'exception d'inexécution, autorise les obligataires d'une société en faillite, débiteurs d'une partie du montant de leurs souscriptions et créanciers de la société pour le montant de leurs titres, à opposer la compensation ; cf. également : Orléans, 17 nov. 1932, S. 33.II.67.

consacrée en 1833 (6). Elle avait alors jugé qu'au cas où, par suite de la résolution d'une vente, le vendeur se trouve tenu de restituer le prix par lui touché, et où la chose vendue aurait subi des détériorations, « le vendeur a le droit de retenir sur le prix payé une somme égale à la valeur des effets et marchandises disparus par le fait de l'acquéreur. » (7)

91. — Droit comparé.

Au demeurant, en faisant de la compensation entre dettes connexes une application de l'exception d'inexécution, plus largement, de la théorie de la cause, la jurisprudence a renoué la tradition du droit romain.

A Rome, la compensation n'était pas conçue comme un double paiement fictif et automatique, la compensation était judiciaire et fondée sur l'équité : commettait un dol, qui réclamait ce qu'il allait être obligé de restituer immédiatement.

Qui plus est, les solutions de la jurisprudence française se rapprochent des solutions des principaux droits européens et, notamment, de celles des droits allemand, anglais et italien ; elles sont toutefois plus mesurées. Alors qu'en France la jurisprudence subordonne l'admission de la compensation après faillite à l'existence d'un lien de connexité entre obligations réciproques, les droits allemand (1), anglais (2), italien admettent la compensation après faillite en l'absence même de toute connexité.

(6) Civ. 1er mai 1833, S. 33.I.668.

(7) On aurait pu croire que la Cour de Cassation avait définitivement abandonné ses errements passés et rejeté l'idée de compte. Un arrêt de la Chambre Civile du 25 mai 1943 (D. C. 44.J.25, note Besson ; J. C. P. 1943.II.2498, note P. L. P.), rendu au rapport d'un conseiller différent de celui qui avait rapporté les deux arrêts de 1942, y recourt cependant encore pour justifier la prétention de l'assureur de retenir, à la suite de la faillite de l'assuré, le montant des primes impayées sur l'indemnité non liquidée au jour du jugement et dont il était débiteur. Cet arrêt ne semble pas devoir entamer cependant la position adoptée par la Cour de Cassation. Il invoque d'ailleurs par surcroît la connexité des obligations nées d'un contrat synallagmatique. Au surplus l'arrêt de la Ch. civ. du 10 déc. 1946, D. 47. J. 87, ne fait plus allusion à l'idée de compte.

91. — (1) Art. 54 de la Konkunsordnung de 1898 : « La compensation n'est pas exclue dans la faillite par le fait que les créances à compenser, ou l'une d'elles, sont à terme ou sous condition, au moment de l'ouverture de la faillite ».

(2) Charley del Marmol, *La faillite en droit anglo-saxon*, 1936, pages 239 et s.

En Italie, la solution est nouvelle et date de la loi du 16 mars 1942 ; elle est directement inspirée du droit allemand. Sous l'empire du code de 1882, le droit italien était analogue au droit français. L'article 56 de la loi de 1942 porte au contraire : « les créanciers ont le droit de compenser avec leurs dettes envers le failli les créances qu'ils ont envers lui, bien que non échues avant la déclaration de faillite. Pour les créances non échues, la compensation toutefois n'a pas lieu si le créancier a acquis la créance entre vifs après la déclaration de faillite ou dans l'année antérieure ».

On peut se demander cependant si le changement a la portée que les termes de l'article 56 semblent lui donner. Il résulte en effet du commentaire que le Professeur Lordi a consacré à cet article (3) qu'il ne faudrait pas accorder à l'article 56 une portée aussi étendue que celle qui paraît résulter de ses termes. La compensation, au cas où la créance du créancier ne serait pas échue au jour du jugement déclaratif, ne serait possible qu'à la condition que les obligations réciproques soient connexes. L'article 56 n'aurait fait que consacrer la jurisprudence antérieure et le droit italien serait alors ananlogue à la jurisprudence française actuelle.

(3) *Il fallimento*, 1946, pages 35 et s.

CHAPITRE II

L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE L'ÉGALITÉ, ÉCHEC DE LA THÉORIE DE LA CAUSE

(Les conventions de compensation)

Alors que l'absence de crédit effectivement accordé au commerçant justifie qu'au cas où les parties n'ont pas encore exécuté leurs obligations au jour du jugement déclaratif de faillite, le jeu de l'exception d'inexécution fasse prévaloir la notion de cause, c'est-à-dire, l'égalité entre les parties à un même rapport synallagmatique sur l'égalité entre les créanciers, l'exécution par le créancier de son obligation postule logiquement des solutions contraires. Le crédit qu'il a accordé au commerçant doit entraîner, avec le recul de la notion de cause, le triomphe de la règle de l'égalité entre les créanciers, règle communément applicable à tous ceux qui ont fait crédit.

Appliquée au cas de vente mobilière, lorsque l'acheteur a pris livraison des marchandises, cette solution est écartée cependant par la loi et par la jurisprudence en certaines hypothèses. L'article 576 maintient l'action en résolution du vendeur qui, en expédiant les marchandises à l'acheteur, a exécuté son obligation, si, au jour de la faillite, les marchandises sont encore en cours de route. On y insistera ultérieurement (1). La Cour de Cassation, par un arrêt de la Chambre Civile du 13 avril 1942 (2), qui a reçu l'approbation d'éminents

(1) Cf. *infra*, page 272.

(2) D. C. 44 J. 1, note Chéron ; J. C. P. 43.II.2157, note Houin. M. Houin a prétendu que cet arrêt était le premier arrêt de la Cour de Cassation rendu en la matière. Il semble cependant qu'il ait été précédé d'un arrêt

auteurs, a déclaré opposables à la masse les conventions de compensation ; leur examen fera l'objet du présent chapitre.

92. — Les conventions de compensation. — Définition.

La convention de compensation est une convention par laquelle les parties réunissent artificiellement des créances réciproques nées d'opérations juridiques indépendantes et établissent entre elles une connexité génératrice d'un droit de rétention, destinée à conduire à la compensation ultérieure et en toutes hypothèses de ces créances, et, notamment, malgré leur défaut de liquidité au jour du jugement déclaratif de l'une des parties.

Ainsi, les parties à un même compte courant conviennent de compenser le solde créditeur d'un compte courant et une créance exclue de compte ; c'est l'hypothèse de l'espèce de l'arrêt du 13 juillet 1942 qui, en exécution d'une convention de ce genre, a admis une banque à compenser le solde créditeur dont elle était bénéficiaire à la suite de la clôture du compte résultant de la déclaration de faillite de son correspondant et une dette exclue du compte dont elle était redevable envers lui et qui n'avait été liquidée que postérieurement à la déclaration de faillite (1).

Les polices d'assurances maritimes contiennent de fréquentes clauses de compensation.

Au cas d'assurance sur facultés (2), les compagnies ont l'habitude d'insérer dans les polices une clause aux termes de laquelle, au cas de faillite de l'assuré, viendront en compensation avec l'indemnité due pour perte ou avarie toutes primes échues et impayées, non seulement les primes impayées afférentes aux marchandises perdues ou avariées, mais encore

en sens contraire de la Chambre des Requêtes du 2 sept. 1940, S. 40.I.106. Les Cours d'Appel ont statué dans des sens contradictoires. Ont admis l'opposabilité de la convention : Paris, 30 avril 1890, DALLOZ, *Jurispr. Gén.* V° faillite, page 382 ; Amiens, 6 janv. 1883, D. 85.II.205. N'ont pas admis l'opposabilité de la convention : Rouen, 1er fév. 1854, S. 56.II.398 ; Rennes, 3 mars 1910, S. 12.II.21.

92. — (1) J. C. P. 43.II.2157, note HOUIN ; D. Ç. 44.J.1, note CHÉRON.

(2) Art. 25-2°, de la police française d'assurance sur facultés, imprimé du 17 août 1944 ; cf. Rennes, 3 mars 1910, S. 12.II.21 ; cf. OLIVE et LUREAU, *Commentaire de la police française d'assurances maritimes sur facultés*, 1946, page 183.

les primes impayées relatives à des marchandises assurées par une police différente.

De même, au cas d'assurances sur corps (3), les compagnies ont entendu, en vertu de clauses identiques, déduire de l'indemnité due pour sinistre survenu au navire, non seulement les primes dues à l'occasion du voyage au cours duquel le navire s'est perdu, mais aussi les primes dues à raison de précédents voyages du navire ou les primes afférentes à d'autres navires de la flotte de l'assuré.

93. — Validité inter partes.

La validité, entre les parties, de la convention de compensation est certaine. La volonté toute puissante et créatrice des parties peut créer un lien de connexité entre deux créances réciproques qui ne remplissent pas les conditions de communauté d'origine (1). Liées conventionnellement l'une à l'autre, elles ne pourront plus désormais être exécutées l'une sans l'autre. A juste titre, la Cour de Cassation a-t-elle fait appel, fût-ce implicitement, à la théorie de la cause pour justifier ce résultat (2). M. Houin (3) a explicité, comme il convient, son argumentation en montrant que, par la convention de compensation : « chaque partie renonce à l'exécution immédiate et séparée de sa créance, à la condition de réaliser ultérieurement cette exécution par voie de compensation » et que « le crédit que chaque créancier accorde à son débiteur a pour cause la garantie que confère la connexité et la compensation qui en résulte ».

94. — Inopposabilité à la masse des créanciers de l'une des parties en faillite.

En revanche, au cas de faillite de l'une des parties à la convention, la convention de compensation doit être déclarée inopposable aux créanciers de celle-ci

(3) Art. 30, paragraphe 2 de la police française d'assurances sur corps, imprimé du 1er déc. 1941.

93. — (1) HOUIN, thèse précitée, page 182.

(2) Les motifs de l'arrêt sont ainsi conçus : « Les créances réciproques... connexes... se servent de couverture ».

(3) HOUIN, note J. C. P. 1943.II.2157.

Vainement prétendrait-on que l'exception d'inexécution, qui peut être invoquée au cas de connexité établie entre créances étrangères l'une à l'autre par une convention de compensation, découle de la loi ou des principes généraux du droit, au même titre que l'exception qui peut être invoquée au cas de connexité résultant de la communauté d'origine existant entre obligations nées d'un contrat ou d'un rapport extra-contractuel. Il n'y a pas identité de situation. Au second cas, l'avantage dont la loi accorde le bénéfice au créancier au préjudice de la masse est indépendant de la volonté du créancier et du débiteur qui n'ont pas contracté en vue de se le ménager ; il découle de la nature même du rapport auquel créancier et débiteur réciproques sont parties. Au contraire, au premier cas, créancier et débiteur ont créé volontairement et artificiellement une situation de droit appropriée, de manière à pouvoir invoquer les prérogatives que les principes généraux attachent à cette situation, en l'occurrence l'exception d'inexécution, conséquence du principe de l'interdépendance des obligations contractuelles réciproques.

La réunion artificielle des créances nées d'opérations juridiques distinctes ne peut effacer que celles-ci ont été parallèlement exécutées. Cette exécution a entraîné, à propos de chacune d'elles, la perte de l'exception d'inexécution et déclenché normalement l'application du principe de l'égalité. C'est d'ailleurs par surcroît à l'application de la règle de l'égalité que l'on est conduit si l'on présente la convention de compensation comme une convention de crédit. Or, c'est un principe qu'à l'égard de la règle de l'égalité, la volonté des parties est impuissante ; en dehors des prévisions légales, les créanciers ne peuvent éluder la loi du concours. Au surplus, la condamnation en jurisprudence des clauses d'extension conventionnelle du droit de rétention (1) entraîne normalement

94. — (1) Lyon, 10 déc. 1931, *Moniteur Judiciaire de Lyon*, 1933, page 630 ; Lille, 10 déc. 1934, cité par DENNERY, R. F. 1937, p. 478 en note ; Douai, 6 juin 1935, Rec. Douai, 1936.32 ; Bruxelles, 14 juin 1933, PASICRISIE, 1933.II.81 ; *Contra*, Lyon, 13 fév. 1936, R. F., page 466.

Sur la question, DENNERY, *l'extension conventionnelle du droit de rétention spécialement au cas de faillite de l'acheteur*, R. F. 1937.452 ; CASSIN, thèse précitée, page 475, texte et note 1.

On peut citer deux exemples de conventions d'extension du droit de rétention qui doivent être déclarées, selon nous, non opposables à la masse, au cas de faillite du débiteur. Par l'art. 35, parag. 6 du règle-

celle des conventions de compensation dont elles sont un aspect. Aucun des arguments, d'ailleurs, qui ont été invoquées pour justifier les conventions de compensation n'est fondé en droit.

95. — Arguments invoqués en faveur de l'opposabilité des conventions de compensation. — Critique.

Pour tout motif de sa décision, la Chambre des Requêtes se contente d'invoquer que « la convention ne présentait, à la date à laquelle elle était intervenue, aucun caractère anormal ou suspect ». L'argumentation de M. Houin est plus circonstanciée. D'après lui, si le créancier du failli ne pouvait opposer son droit de rétention à la masse, celle-ci profiterait indirectement de l'avantage que la convention a conféré au failli : le report de l'exigibilité de sa dette, sans en supporter les charges. En second lieu, M. Houin prétend, à la suite de M. Cassin (1), que le lien de connexité que crée la convention de compensation « n'est ni plus arbitraire, ni moins puissant que celui qui résulte du compte courant ou d'une lettre de fusion ». « Dans la convention de compte courant, ajoute-t-il, la connexité, ou, plutôt, l'indivisibilité est volontaire, elle est l'œuvre des parties... L'extension de la théorie de la compensation entre dettes connexes aux conventions de compensation est la conséquence logique de l'application de la théorie du compte-courant. »

Ces motif et argument ne nous ont pas convaincu.

Le motif tiré de l'antériorité de la convention à la période suspecte est insuffisant. Sans doute, l'antériorité à la période suspecte d'une convention quelconque exclut celle-ci du champ d'application du principe de l'égalité lorsque l'exécution en est intervenue avant le point de départ de la période suspecte.

ment des docks du Havre, la Compagnie des Docks se réserve un droit général de rétention sur toutes les marchandises déposées en vertu de contrats de dépôts distincts et, depuis, enlevées.

De même, les établissements industriels qui se livrent à diverses opérations de manutention sur les tissus, teinturerie, apprêt, etc. remis en vertu de conventions successives ont pris l'habitude de se réserver le droit de rétention sur toutes marchandises qu'ils détiennent pour le paiement des frais faits à l'occasion de marchandises remises, même en vertu de contrats précédents et qui ont par ailleurs été rendues.

95. — (1) CASSIN, thèse précitée, page 298.

Il en va différemment lorsque l'exécution de la convention doit intervenir au cours de la période suspecte (2) ou même, comme en l'espèce, après le jugement déclaratif. Il suffit d'évoquer la jurisprudence qui a condamné les clauses réservant au vendeur le droit de résolution au cas de faillite de l'acquéreur.

Les conventions passées par le débiteur avant la période suspecte ne sont opposables à ses créanciers que dans la mesure où elles sont faites sans intention de porter préjudice à leurs droits, autrement dit, sans fraude. En l'occurrence, l'affirmation par la Cour de Cassation du caractère normal et non suspect de l'opération est purement gratuite ; on a beau présenter (3) la convention de compensation comme une convention de crédit par laquelle les parties aménageraient l'exigibilité de leurs créances réciproques : le but poursuivi par chaque partie est d'échapper, au cas de faillite de l'autre, à la règle de l'égalité ; la convention est frauduleuse ; les autres créanciers et le syndic sont fondés à en demander la nullité par l'action Paulienne dont les conditions, on l'a vu (4), sont réunies : la convention en effet accroît l'insolvabilité du failli et ce résultat est directement connu des parties.

Au premier argument de M. Houin, d'après lequel l'inopposabilité de la convention à la masse aboutirait à conférer un avantage à la masse sans qu'elle en supporte les charges, on peut répondre qu'il n'est pas rare que la masse profite des conventions passées par le failli sans en supporter les charges. L'annulation des actes accomplis par le débiteur au cours de la période suspecte en fournirait des exemples. Qu'il suffise de citer l'attendu d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 juillet 1935 d'après lequel « tout paiement opéré par le débiteur qui est en état de cessation de paiement, même s'il procure à celui-ci un avantage distinct de la libération, rompt l'égalité entre les créanciers dans la masse et doit être annulé » (5).

Le second argument de M. Houin, tiré de l'opposabilité à la masse de la lettre de fusion et de la convention de compte courant, est impressionnant ; il ne saurait, pour autant, être

(2) Civ. 7 oct. 1941, J. C. P. 1945.II.2786, note Boitard.
(3) Houin, note J. C. P. 1943.II.2157.
(4) Cf. *supra*, page 179.
(5) D. H. 36 20 ; S. 36.I.5.

retenu. On le rejettera tout de suite en ce qu'il entend tirer parti de l'opposabilité à la masse des lettres de fusion par lesquelles les parties stipulent que deux ou plusieurs comptes tenus séparément ne formeront juridiquement qu'un compte unique dont le solde est seul à prendre en considération. Les comptes multiples en effet constituent, dans la réalité, un compte unique ; seules des raisons de commodité d'écriture ont conduit à sa division en plusieurs sections, mais cette division, purement matérielle, n'emporte aucune conséquence juridique et, malgré la pluralité de ses sections, l'unité du compte courant doit être reconnue (6).

L'argument d'après lequel le compte courant serait une convention de connexité génératrice d'un droit de rétention, une véritable convention de compensation in futurum (7) appelle un examen approfondi. Les auteurs qui l'invoquent avec M. Houin, partent de l'idée qu'à défaut de compensations successives réalisées pendant la durée même du compte courant (8), une compensation générale entre la totalité des débits et la totalité des crédits serait réalisée au moment même de la déclaration de faillite et produirait le solde du compte courant. Cette conception, il faut le reconnaître, est celle de la doctrine française presque unanime, de la doctrine belge et de la doctrine italienne depuis 1942 (9) ; elle peut se

(6) Hamel, tome I n° 400 ; Escarra et Rault, tome VI, n° 534 ; Petit-Dutaillis, *Le risque du crédit bancaire*, 2e éd., 1946, n°s 24 et 364 ; Paris, 18 juil. 1934, *Journ. Trib. Com.* 1936.241 ; Trib. Com. de Nantes, 26 déc. 1932, *Jurisprudence commerciale de Nantes*, 1932.184.

(7) Cassin, thèse précitée, page 298 ; Houin, note précitée ; Percerou et Desserteaux, tome II, n° 869, *in fine* ; rapp. Esmein, *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, Rev. Trim. 1920.92.

(8) Sur la critique de cette conception : cf. Hamel, séance à la Société d'Etudes Législatives du 15 mars 1935, à l'occasion de la discussion du projet de loi sur le compte courant ; voir également Hamel, note au D. C. 1942, J. 92, col. 2, *in fine*.

(9) *Doctrine française.* — Feitu, *Traité du compte courant*, 1873, n°s 53 et 332 ; Delamarre et Le Poitevin, *Traité de droit commercial*, 1849, tome III, page 421 ; Esscarra et Rault, tome VI, n° 531 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, tome VII, n° 218 ; tome IV, n°s 830 *ter* et 849 ; Roche, *Caractère et effets du compte courant en droit français*, thèse, Grenoble, 1939, page 37 ; Pulby, *la Coutume et son rôle en matière de compte courant*, thèse, Paris, 1924 ; Nicolaesco, thèse, Paris, 1920, page 27 ; Dupont, thèse, Paris, 1910, page 7 ; Deligne, commissaire du gouvernement, Débat sur la loi fiscale du 31 juillet 1917, fait appel, à la tribune du Sénat, à l'idée de compensation à la clôture du compte ; Fargeaud,

prévaloir des motifs d'un des quatre arrêts de la Chambre Civile du 2 juillet 1890 (10) qui ont fixé la jurisprudence en matière de compte courant.

Tant elle leur paraît évidente, les auteurs ne prennent pas la peine de justifier la solution qu'ils adoptent ; elle ne semble cependant pas exacte. Elle avait donné lieu, en Italie, à d'utiles discussions qui avaient trouvé leur point de départ dans le fait que le code de commerce de 1882 disposait expressément, dans son article 345 : « le compte courant a pour effet... 2° d'opérer *compensation* entre les parties jusqu'à concurrence de leurs avoir et devoir respectifs à la clôture du compte, sauf le paiement de la différence ».

Pour la doctrine italienne d'avant la loi de 1942, la solution dépendait de l'attitude adoptée quant au problème de la novation des créances entrées en compte courant ; d'après elle, les notions de novation et de compensation ne pouvaient se concilier ; elles s'excluaient réciproquement. Ainsi, pour Bonelli (11) qui admettait la novation des créances inscrites en compte courant, le terme de compensation était employé dans son sens vulgaire et non dans son sens technique. La compensation, supposant deux créances réciproques, ne serait possible à la clôture du compte, que si, par une nouvelle transformation, que l'auteur qualifie de magique, les articles du compte redevenaient des créances.

Morando (12), à l'opposé, accordait au terme de compensation son sens juridique, mais, pour éviter l'objection de Bonelli, il niait la novation des créances en dépit des termes formels de l'article 345 du code de commerce.

Le compte courant et ses garanties, 1935, n° 48 ; HAMEL, tome I, n°s 341, 399, 444 ; CABRILLAC, note J. C. P. 1947.II.4012 sous Civ. 31 juillet 1947.

Doctrine belge. — DIERYCK, *les ouvertures de crédit*, 1945, n°s 245, 247, 248, 251, 252.

Doctrine italienne. — Cf. *infra*, note 16, page 261.

(10) Affaire Clarapède et Société Générale c/ Enregistrement, D. 91.I. 377 ; S. 91.I.177 : « Attendu que le contrat intervenu... se résolvait en une série d'opérations dans lesquelles les créances et les dettes réciproques remplacées par des articles de crédit et de débit ont perdu leur individualité pour produire lors de la clôture du compte, au moyen d'une *compensation* effectuée entre elles, un solde seul exigible ».

(11) *Del conto corrente in commentario al codice di commercio*, tome III, n° 33 ; *Sulla teoria del conto corrente*, Rivista del diritto commerciale 1914.I.832.

(12) MORANDO, *Il contratto di conto corrente*, 1932, n° 37, *in fine* ; TEMPESTA, *Nuovo digesto italiano*, 1932, V° *Conto corrente*, n°s 22 et 34 *b*.

Le nouveau code civil italien de 1942, qui, aux articles 1823 et suivants, régit la matière du compte courant, ne fait plus allusion, ni à la compensation à la clôture du compte, ni à la novation des créances entrées en compte. A-t-il voulu consacrer l'opinion de Bonelli ou celle de Morando ?

Le rapport (13) qui précède le texte du code civil ne laisse aucune hésitation quant à la réponse. C'est l'opinion de Morando que le législateur de 1942 a voulu consacrer. On lit, en effet, au rapport que « le solde du compte courant est le résultat de la compensation entre les deux masses » (14), et, plus loin, que « l'immixtion dans le compte ne produit plus la novation » (15). Ces solutions ont été reproduites par tous les commentateurs du nouveau code civil (16).

A l'inconséquence de la doctrine française, qui admet simultanément et la novation des créanciers portées en compte et leur compensation à la clôture du compte, Bourcart avait essayé d'échapper (17). « La créance entrée en compte courant — écrit-il — est remplacée par un crédit, et un crédit n'est pas, à proprement parler, une créance. Ce n'est que le solde, à l'arrêté du compte, qui reprendra figure de créance. La substitution de la créance nouvelle à l'ancienne n'est pas immédiate ; la créance passe par un état intermédiaire, amorphe, tout comme la chenille ne se métamorphose en papillon qu'après avoir été enfermée dans l'état intermédiaire de chrysalide. Il faut élargir la notion ordinaire de novation, la dilater dans le temps ». Par ces lignes, Bourcart s'était borné en réalité à décrire l'opération, de façon imagée et fort suggestive, il est vrai, mais il ne l'avait pas expliquée pour autant.

La critique d'inconséquence que l'on peut faire à la doctrine

(13) *Relazione alla Maesta del Re Imperatore, Codice Civile*, publié par l'Instituto Poligraphico dello Stato, Rome 1943.

(14) N° 736.

(15) N° 737.

(16) Di Blasi, conseiller à la Cour de Cassation, *Codice Civile, Il libro delle obligazioni*, Parte spéciale, *I singoli contratti*, Milan, 1943, n°s 421, 422, 423, 426 ; Pandolfelli Scarpello, Stella, Richter, Dollari, secrétaires de la commission de réforme du Code Civil, *Codice Civile*, Livre des obligations, page 521 ; Lordi, *Instituzioni di diritto commerciale*, tome II, *Contrats commerciaux*, Padoue, 1943, page 357.

(17) Note au S. 1913.I.265, col. I.

française apparaît donc comme fondée ; nous en ferons notre profit.

L'état actuel de la jurisprudence française dicte notre solution. Pour la jurisprudence, en effet, la novation des créances demeure un postulat de la théorie du compte courant : « l'inscription d'une dette en compte courant — lit-on aux motifs d'un arrêt de la Chambre Civile du 12 juin 1936 (18) — emporte novation ». Etant donné ce principe de base, nous croyons avec Bonelli que c'est utiliser une terminologie inexacte et trompeuse que de dire que le compte courant réalise à sa clôture une compensation. Tout ce qu'il est permis de penser c'est que la balance qui s'établit à la clôture du compte *équivaut à une compensation* (19). La Cour de Cassation elle-même, qui, en 1890, avait eu recours au terme de compensation, utilise plus ordinairement une autre formule ; elle fait état « des articles de débit et de crédit destinés à se balancer en un solde définitif (20) ; elle ne faisait d'ailleurs même plus allusion à la compensation dans les deuxième, troisième et quatrième espèces des arrêts de 1890.

Le compte courant est l'institution coutumière type du droit commercial ; il est l'œuvre la plus remarquable de la deuxième moitié du XIX^e^ siècle. Les hommes d'affaires, qui lui ont progressivement donné la structure que nous lui connaissons, étaient plus préoccupés de résultats pratiques que de constructions juridiques harmonieuses et d'applications de principes généraux. Les effets complexes du compte courant ne peuvent être expliqués par le droit civil dont les règles, par leur forme générale et absolue, sont dotées d'un pouvoir d'expansion qui se révèle dangereux lorsqu'on les transporte hors du district dans lequel elles sont nées. « A vouloir justifier une disposition ou une règle, ou un effet du compte courant par un principe trop large et trop vaste, on risque d'en voir tirer, quelque jour, des conditions inadmissibles en opposition avec les nécessités de la vie ». Ainsi, s'exprimait

(18) D. H. 36.411, La formule contraire de l'arrêt de la Ch. de Req. du 25 juill. 1935, S. 35.I.387 est restée isolée.

(19) LACOUR et BOUTERON, tome II, n° 1467 ; RETROU, *La compensation en matière de faillite*, thèse, Paris, 1943, p. 17.

(20) ROCHE, *Caractère et effet du compte courant*, Grenoble, 1939, p. 38 ; à titre d'exemple, Req. 18 juil. 1892, S. 93.I.153 ; Req. 3 mai 1898, S. 99.I.97 ; Civ. 3 déc. 1901, S. 02.I.294.

le Président de la commission de la Société d'Etudes Législatives (21) chargée, en 1935, d'élaborer un projet de loi sur le compte courant. Le parti que des auteurs ont voulu tirer de l'existence de la convention de compte courant en faveur de l'opposabilité à la masse de la convention de compensation, démontre, sans qu'il soit besoin d'y insister, la clairvoyance de ces paroles.

La commission de la Société d'Etudes Législatives s'était rendu compte du danger, qui, donnant l'exemple au législateur italien, avait décidé — suivant les termes mêmes de son rapporteur (22) — « de ne construire aucune théorie juridique, de prendre les difficultés les unes après les autres pour leur donner les solutions qui paraissaient les meilleures (23) ».

Au surplus, à supposer même que l'on rejette les critiques que nous adressons à la conception classique du compte courant et que l'on persiste à analyser la convention de compte courant en une convention de compensation in futurum, il ne s'ensuivrait nullement que les conventions de compensation autres que la convention de compte courant dussent être déclarées opposables à la masse de la faillite. La volonté de compenser est insuffisante à elle seule pour qu'il y ait compte courant. Pour qu'elle soit efficace, divers éléments techniques et objectifs qui donnent au compte courant sa structure doivent être réunis (24). Il faut que les remises portées en compte soient réciproques, c'est-à-dire qu'elles émanent de l'une et de l'autre partie au compte, et qu'elles soient alternées ou enchevêtrées, c'est-à-dire, que les remises de l'une des parties ne doivent pas commencer lorsque les remises de l'autre sont terminées. La conclusion s'impose : si la volonté de compenser avait été efficace à elle seule pour opérer la prétendue compensation à la clôture du compte courant, les deux conditions de réciprocité et d'enchevêtre-

(21) M. TOURNON, séance du 10 mai 1935, *Bulletin*, 1935, page 172.

(22) M. HAMEL, séance du 15 mars 1935, *Bulletin*, 1935, page 162.

(23) Dans le même sens, FARGEAUD, rapport à la Société d'Etudes Législatives lors d'un deuxième examen en 1945 du projet de loi sur le compte-courant.

(24) HAMEL, tome I, n° 438 ; ESCARRA et RAULT, tome VI, n° 443 ; Civ 2 juil. 1890 (4 arrêts), D. 91.I.377 ; cf. art. I, alinéas 1 et 3 du projet élaboré en 1934-1935 par la Société d'Etudes Législatives, *Bull.* 1934, p. 258 et commentaire HAMEL, *Bull.* 1935, pages 180 et 181.

ment des remises seraient deux exigences inutiles. La volonté de compenser, inefficace à elle seule dans l'hypothèse du compte courant, doit l'être également au cas de convention de compensation in futurum.

Pour donner néanmoins plus de poids à son argumentation, M. Houin a invoqué divers arrêts ; ils n'ont pas emporté notre conviction (25). On peut même leur opposer un arrêt de la Chambre des Requêtes du 2 septembre 1940 (26) dont M. Houin ne fait pas mention et dont la doctrine est en contradiction avec l'arrêt de la Chambre civile du 13 juillet 1942 qui a admis la validité des conventions de compensation.

Un particulier avait souscrit des actions de numéraire d'une société qui s'était constituée et les avait libérées du quart. Il avait, par la suite, obtenu la représentation commerciale de la société et avait stipulé que le solde de la souscription serait payé par retenues sur les commissions qui lui seraient dues.

(25) M. HAMEL, tome I, page 621, note 2, a fait justice de l'arrêt de la C. Civ. du 19 nov. 1906, D. 07.I.78, dont M. HOUIN reconnaît d'ailleurs que les motifs sont peu explicites.

Dans l'arrêt de la Ch. Civ. du 15 mars 1882, D. 83.I.169, la convention de compensation était, en réalité, une convention de dation en paiement. L'acquéreur d'un immeuble avait stipulé de son vendeur qu'il le paierait jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, en lui livrant des marchandises. La question débattue n'était pas de savoir si le prix des marchandises livrées avait pu se compenser, à due concurrence, avec le prix de l'immeuble, mais si l'acquéreur de l'immeuble, postérieurement à la faillite de son vendeur, pouvait se libérer du solde en livrant des marchandises. Cette faculté lui est refusée parce qu'antérieurement à la faillite, il avait renoncé à se prévaloir de la convention de dation en paiment.

Dans l'arrêt de la Ch. des Req. du 22 juin 1920, J. F. 20.129, des deux comptes en présence, dont la compensation des soldes était demandée, l'un était au nom du mari, l'autre au nom de la femme. Il est bien évident qu'aucune compensation n'était possible ; l'existence d'une convention de compensation n'y aurait rien changé.

Dans l'espèce de l'arrêt de la Ch. des Req. du 14 mars 1932, S 32.I.192, la compensation est refusée entre les soldes de deux comptes courants tenus au nom de la même personne pour le motif que « la volonté des parties était que ces deux comptes fussent distincts ». Si la volonté contraire des parties avait pu amener la fusion des comptes, il ne faudrait pas tirer de là argument en faveur de la validité des lettres de compenstion. On a vu précédemment que la convention de fusion doit être distinguée de la convention de compensation : la convention de fusion n'ayant pour utilité que de manifester que plusieurs comptes tenus séparément pour des raisons de commodité d'écriture ne forment juridiquement qu'un compte unique.

(6) S. 1940.I.106. — On pourrait citer également Req. 16 déc. 1941 mais nous faisons toutes réserves sur la portée exacte de cet arrêt inédit dont seul un sommaire est reproduit au Journal du droit des faillites, Répertoire 1936-1946, page 8.

Survint la faillite de la société ; sur réclamation par le syndic du montant intégral du solde des actions, le souscripteur se prévalut de la convention qu'il avait passée avec la société et prétendit compenser sa dette avec la créance d'indemnité née à son profit du fait de l'inexécution par la société des engagements pris envers lui, et non liquide au jour du jugement déclaratif de faillite. La Chambre des Requêtes a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Limoges qui avait refusé de faire droit à sa prétention au motif que la convention n'était pas opposable aux créanciers (27).

96. — Conclusion du titre sixième.

A la suite de ces deux chapitres, c'est un bilan qu'il faut dresser. En jurisprudence, le conflit entre le principe de la cause et le principe de l'égalité entre les créanciers se solde, en définitive, à l'avantage du principe de la cause ; il évince le principe de l'égalité. Il en résulte pour la masse un grave danger. On peut prévoir en effet le jour où, par des clauses de compensation devenues de style, tout créancier d'un commerçant, en prévision d'une dette hypothétique dont il pourrait être redevable à l'avenir à l'égard de son débiteur d'aujourd'hui, s'assurerait une situation de faveur dans la faillite possible de celui-ci. Sous le couvert de la théorie de la cause, une brèche importante serait ainsi portée au principe de l'égalité entre les créanciers. On rejoindrait les solutions du droit allemand en matière de compensation, alors que la doctrine française juge cependant ces solutions excessives.

Au surplus, outre qu'elle est contraire, au cas de faillite, aux vrais principes, l'extension donnée à l'application de la théorie de la cause méconnaît les tendances du droit commercial. La notion de cause est essentiellement une notion du droit civil ; le droit commercial est caractérisé par le rétrécissement de son domaine d'application ; la preuve la plus éclatante en est four-

(27) En l'absence d'une convention, la question n'aurait pas souffert de difficultés ; la compensation aurait été impossible par application des principes du droit commun qui exigent, pour que la compensation soit opposable à la faillite, qu'elle se soit produite avant celle-ci.

On observera toutefois que, dans l'hypothèse de l'arrêt ci-dessus, le pourvoi ne semble pas avoir tiré parti du rapport existant entre l'exception d'inexécution et la compensation relative à des dettes connexes portant sur des sommes d'argent.

nie par la règle de l'inopposabilité des exceptions en matière de change.

On ne peut, dans ces conditions, qu'émettre le vœu que la Cour de Cassation, le jour où la question de la validité des conventions de compensation lui serait à nouveau posée, assure le respect de l'égalité entre les créanciers en en prononçant l'inopposabilité à la masse.

DEUXIÈME PARTIE

L'INEGALITE DE TRAITEMENT AU PROFIT D'UN CREANCIER, MOYEN DE RENFORCEMENT DU CREDIT DU COMMERCANT A L'EGARD DE CE CREANCIER.

INTRODUCTION

97. — L'égalité de traitement entre les créanciers a été présentée, jusqu'à présent, comme un moyen de crédit et, effectivement, grâce à l'égalité, le crédit du commerçant est plus grand que le crédit du non-commerçant. Mais, condition indispensable du crédit du commerçant, l'égalité n'est qu'un moyen de crédit insuffisant. L'égalité correspond en effet à la répartition proportionnelle d'une perte, or, l'éventualité pour le créancier d'une perte toujours possible ne peut que contracter l'octroi des crédits sollicités par le commerçant. Sans doute, le crédit comporte-t-il toujours un aléa qui résulte de l'impossibilité de maîtriser l'avenir, mais l'aléa peut être plus ou moins grand (1). Or, on peut poser en règle que le crédit sera plus largement distribué que le risque inhérent à toute opération sur le futur sera réduit et que le créancier sera plus sûr d'obtenir son paiement intégral. C'est, au demeurant, l'intérêt de la production et du commerce ; ils s'en trouveront facilités et leurs frais en seront diminués. La rétribution exigée par le créancier sera en effet d'autant plus faible que le risque de l'opération sera moins grand.

Ces considérations ont guidé le législateur et surtout la jurisprudence ; elles ont contribué à fortifier le crédit du commerçant vis-à-vis de deux catégories de ses créanciers : ses fournisseurs et son banquier, en les plaçant dans une situation éminente au cas de faillite de leur débiteur.

A la vérité, on fera peut-être observer que c'est avoir le goût du paradoxe que de soutenir que le vendeur a une position favorable dans la faillite de l'acheteur. On proclame généralement que la faillite de l'acheteur prive le vendeur qui a livré des garanties, privilège, action en résolution, qui lui sont accordés, en droit civil. L'affirmation n'est pas inexacte,

97. — (1) Rapp. HAMEL, Préface à la première édition du livre de M. PETIT-DUTAILLIS, *Le risque du crédit bancaire*.

mais sa portée doit être précisée. La loi maintient en effet expressément au vendeur certains avantages. Et la jurisprudence, contrainte d'appliquer les dispositions du code de commerce qui restreignait les droits du vendeur, s'est montrée particulièrement bienveillante à l'égard de celui-ci lorsque les termes de la loi ne la liaient pas strictement. Au surplus, on s'est demandé, au point de vue législatif, si, à l'exemple des législations étrangères, les garanties du vendeur au cas de faillite ne devaient pas être accrues.

Quant au banquier, on peut écrire, sans aucune exception ni réserve, qu'il jouit dans la faillite du commerçant, d'une situation particulièrement favorable. La loi et la jurisprudence ont tissé à son profit un réseau complet de garanties qui le mettent pratiquement à l'abri de l'insolvabilité de ses clients.

Mais, que l'on y prenne garde, l'existence de garanties au profit de certains créanciers pourra paraître dangereuse. A trop augmenter les garanties du banquier, notamment, on pourra craindre qu'au nom du crédit, on aboutisse à détruire le crédit général du commerçant, en mettant les autres créanciers en défiance, et, en particulier les vendeurs, dans la mesure — et c'est l'hypothèse courante — où ils ne bénéficient pas d'un traitement de faveur. La paralysie des transactions en résulterait. Cette crainte ne doit pas être exagérée. Il ne faut pas oublier qu'en définitive, c'est par le banquier que passent toutes les manifestations du crédit et que le crédit, lorsqu'il est accordé par le vendeur par exemple, est en réalité consenti par le banquier du vendeur, à la suite de l'escompte des traites tirées par le vendeur. Le fait, fréquent depuis ces dernières années, pour le vendeur d'exiger paiement comptant ne modifie pas la situation. Le banquier de l'acheteur est tout simplement amené à accorder directement à celui-ci, sous forme d'ouverture de crédit, le crédit dont il a besoin. Dans tous les cas, le crédit dont bénéficie l'acheteur lui est accordé par un banquier. La concentration de la distribution du crédit entre les mains des banquiers correspond au rôle qui leur est propre de dispensateurs de crédit : elle justifie en fait l'existence des prérogatives qui leur sont conférées.

L'examen de ces prérogatives et l'examen de celles du vendeur feront l'objet de nos recherches dans deux titres distincts.

TITRE PREMIER

LA PROTECTION DU VENDEUR PAR L'INEGALITE

Les avantages dont bénéficie le vendeur qui a livré, dans la faillite de son acheteur, sont d'ordre légal et jurisprudentiel. On les présentera en deux chapitres successifs.

CHAPITRE PREMIER

LA PROTECTION DU VENDEUR PAR LA LOI : LA REVENDICATION DES MARCHANDISES « IN TRANSITU »

98. — Adoption en 1807 de la revendication des marchandises « in transitu ».

Le législateur n'a pas placé le vendeur de meubles dans une situation spécialement favorable en cas de faillite de l'acheteur ; bien loin de là, on peut penser qu'il s'est efforcé de le soumettre au régime applicable à tous les créanciers chirographaires. Cependant le législateur n'a pas réalisé complètement le but qu'il poursuivait et de ce fait les solutions qu'il a adoptées sont difficilement explicables. Alors en effet qu'il privait le vendeur à crédit des avantages qui lui sont reconnus en droit civil, il établissait à son profit une garantie spéciale.

Par l'article 576 du code de commerce il a autorisé le vendeur à « revendiquer » (1) les marchandises expédiées au failli tant que la tradition n'en a pas été effectuée dans ses magasins. C'est d'ailleurs le seul avantage légal dont jouisse le vendeur qui a livré. Il n'en constitue pas moins une exception certaine à la règle de l'égalité, que rationnellement rien ne justifie ; on a dit de lui qu'il était « un contre sens dans nos lois » (2). Au moment où, à la suite de leur expédition, les marchandises ont été individualisées au profit de l'acheteur, le

98. — (1) Le terme « revendiquer » employé par le code est impropre. Le vendeur n'est plus propriétaire. Il s'agit de la reprise du droit de rétention. PERCEROU et DESSERTEAUX, tome II, n° 1038.

(2) TESTE, Déclaration à la Chambre des Députés, séance du 5 avril 1838

vendeur en a perdu la propriété ; il est devenu créancier ; normalement son sort devrait être identique à celui des autres créanciers qui, comme lui, ont fait crédit, aux prêteurs par exemple, ou aux vendeurs dont les marchandises expédiées sont parvenues dans les magasins du failli. La loi du marc le franc devrait lui être appliquée.

A la vérité, ce ne sont pas des raisons de crédit qui déterminèrent les rédacteurs du Code de commerce à placer dans une situation préférentielle le vendeur dont les marchandises expédiées n'étaient pas encore parvenues dans les magasins de l'acheteur. L'admission de la revendication des marchandises in transitu résulte d'un compromis. L'ancien droit admettait la revendication du vendeur (3). Or, à la veille de la Révolution, les praticiens y étaient hostiles (4). Le projet de code de commerce, dit projet Corneau, rédigé par des praticiens en l'an IX, à la demande des consuls, l'excluait (5). Mais on sait que ce projet ne fut même pas soumis aux Assemblées. Lors des discussions qui, cinq ans plus tard, accompagnèrent l'élaboration du code de commerce, le Conseil d'Etat se prononça pour l'admission sans réserve de la revendication (6) et le Tribunat pour son exclusion sans réserve (7). De cette divergence d'opinions résulta, à titre de « terme moyen » (8), l'admission de la « revendication » des marchandises *in transitu*, dont le droit anglais fournissait l'exemple.

99. — Maintien en 1838 de la revendication des marchandises « in transitu » pour des raisons de crédit.

Si les raisons de crédit avaient été étrangères à l'admission, en 1807, de la « revendication » des marchandises en cours de route, elles déterminèrent, en revanche, son maintien lors des discussions qui précédèrent la loi de 1838. La bataille pour l'égalité fut vive ; le Gouvernement s'en était fait le cham-

(3) LEVY-BRUHL, *Etude historique sur la revendication du vendeur de meubles en matière de faillite*, Annales de Droit Commercial, 1938-295.
(4) Cf. Délibération de la juridiction consulaire de Paris du 7 juin 1776, reproduite par LEVY-BRUHL, précité, page 316.
(5) LEVY-BRUHL, précité, page 318.
(6) Séance du 5 mai 1807, LOCRÉ, tome 19, p. 341.
(7) Séance du 10 juin 1807, LOCRÉ, précité, p. 447.
(8) C'est l'expression employée par LOCRÉ, page 467.

pion (1). Mais la Chambre des Députés et la Chambre des Pairs se prononcèrent pour le maintien de la revendication des marchandises in transitu. Pour le justifier, Tripier, dans son rapport à la Chambre des Pairs, fit expressément état des nécessités du crédit. « Les fabricants — demandait-il — qui sont dans l'usage d'expédier des marchandises d'un lieu dans un autre sans en avoir reçu le prix, ne seraient-ils pas effrayés d'un changement qui diminuerait leurs sûretés ? La prudence leur imposerait la loi d'exiger le paiement comptant » (2). A la Chambre des Députés, Quenault déclarait : « l'opinion favorable que les commerçants ont d'une garantie suffit pour en faire un élément de crédit qu'il importe de ménager » (3).

C'est sans doute là la raison pour laquelle le législateur italien a maintenu, par l'article 75 de la loi du 16 mars 1942, les dispositions de l'article 804 du code de commerce de 1882, analogues à celles de notre article 576. Lordi déclare (4), en effet, qu'elles sont plus conformes à une tradition séculaire qu'à la logique.

99. — (1) Cf. projet gouvernemental présenté à la Chambre des Députés le 1er décembre 1834 ; deuxième projet gouvernemental, présenté à la Chambre des Pairs, le 17 janv. 1837, et déclaration du Garde des Sceaux PERSIL. Dans le même sens, TESTE, déclaration à la Chambre des Députés, séance du 5 avril 1838.

(2) Séance du 13 avril 1837.

(3) Cité par RENOUARD, *Traité des Faillites*, 3e éd. 1857, tome 2, page 362.

(4) *Il fallimento* 1946, page 171.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DU VENDEUR PAR LA JURISPRUDENCE : OPPOSABILITÉ A LA MASSE DES CLAUSES DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ OU DE RÉSOLUTION AYANT JOUÉ AVANT LA DÉCLARATION DE FAILLITE DE L'ACHETEUR

100. — Exposé de la jurisprudence.

Si les raisons tirées des nécessités du crédit justifient assez mal l'existence dans le Code de Commerce de la revendication des marchandises in transitu, seules ces raisons permettent d'expliquer que la Cour de Cassation ait déclaré opposables à la masse les clauses de réserve de propriété ou de résolution lorsqu'elles sont invoquées *avant la déclaration de faillite* de l'acheteur (1). S'il a eu la prévoyance d'insérer dans le contrat une clause de réserve de propriété ou de résolution, le vendeur peut, tant que la faillite n'est pas déclarée, même pendant la période suspecte, s'affranchir de toute perte. La jurisprudence

100. — (1) *Clause de réserve de propriété :* Civ. 3 mai 1935 D. H. 35.313 ; Req 26 oct. 1938, S. 39.I.44 ; Rennes, 19 juil. 1935, Rec. Rennes, 1935-435 ; Douai, 28 déc. 1936, Rec. Douai, 1938.69 ; rapp. Civ. 7 oct. 1941, J. C. P. 45.II.2786.

Clause résolutoire : Civ. 1er avr. 1936, S. 37.I.95 ; Req. 1er juil. 1937, S 37.I.352 ; Civ. 12 déc. 1938, D. H. 39.146 ; Montpellier, 29 janv. 1935, D. H. 35.205 ; Toulouse, 7 mai 1936, R. F. 36.483 ; 13 mai 1936, G. P. 36.II.220 ; Paris, 2 janv. 1937, G. P. 37.I.524 ; Toulouse, 14 janv. 1937, S. 37.II.144.

ne lui tient pas rigueur d'avoir invoqué la clause en connaissance de la cessation des paiements de l'acheteur (2). Le droit belge connaît une jurisprudence analogue de la Cour de Cassation (3). Ces solutions sont à rapprocher de la jurisprudence déjà étudiée (4) d'après laquelle le vendeur peut valablement exercer l'action en résolution pendant la période suspecte.

La bienveillance, d'ailleurs toute récente (5), de la Cour de Cassation pour le vendeur peut, en l'occurrence, paraître un repentir. La Cour de Cassation déclare en effet, on l'a vu (6), les clauses précitées inopposables à la masse lorsqu'elles ont été invoquées *après la déclaration de faillite*. D'après la Cour de Cassation (7), cette différence de régime s'explique juridiquement par le fait que les textes restrictifs des droits du vendeur (articles 550 et 576) entraînent l'inopposabilité des clauses lorsqu'elles sont invoquées après la déclaration de faillite, mais qu'à contrario ils ne font pas obstacle à leur opposabilité lorsque les clauses susdites sont invoquées avant la déclaration de faillite.

Le maniement de l'argument a contrario, joint à une interprétation restrictive des textes, est symptomatique de l'état d'esprit de la jurisprudence. C'est en effet le procédé auquel elle recourt lorsqu'en présence de textes qui restreignent sa liberté d'appréciation, elle désire assurer la protection d'intérêts qu'elle juge dignes d'être pris en considération.

La faveur de la jurisprudence, cependant, est subordonnée à une double condition. Il est nécessaire que le vendeur, par un acte formel et non équivoque, ait manifesté sa volonté de se prévaloir de la clause et ait affirmé ostensiblement la précarité de la possession de l'acheteur. Ce sont là les propres termes d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 1er juillet 1937 (8). La stipulation de résolution de plein droit à défaut de

(2) Par ex. Civ. 1er avr. 1936, S. 37.I.95.
(3) Cass. Belgique, 21 mars 1929, PASICRISIE, 29.I.127.
(4) Cf. *supra*, page 191.
(5) Elle date de 1935 en ce qui concerne la clause de réserve de propriété, Civ. Cass. 3 mai 1935, précité ; elle date de 1936 en ce qui concerne la clause résolutoire expresse, Civ. 1er avr. 1936, précité.
(6) Cf. *supra*, pages 110 et s.
(7) Cf. motifs des arrêts cités note 1, page 275.
8) Rendu au cas de clause résolutoire, S. 37.I.352 ; on doit donner la même solution au cas de clause de réserve de propriété puisque si le

paiement d'un acompte ne serait pas prise en considération (9). Par ailleurs, si les clauses précitées sont valables à la condition d'avoir été invoquées avant la déclaration de faillite, encore faut-il que l'antériorité de la manifestation de volonté du vendeur n'ait pas été assurée par un concert frauduleux ourdi entre vendeur et acheteur (10).

101. — Critique de la jurisprudence.

Si l'on fait abstraction de leur intérêt au point de vue économique, et si on les examine au seul point de vue juridique, les solutions de la jurisprudence quant à l'opposabilité des clauses de réserve de propriété ou de résolution invoquées par le vendeur en connaissance de la cessation des paiements de l'acheteur, ne résistent pas à la critique (1).

Pour les justifier, la Cour de Cassation n'invoque aucun argument positif ; elle n'a plus ici la ressource, comme au cas d'action en résolution exercée pendant la période suspecte, d'invoquer le principe d'après lequel « voies de nulité n'ont lieu en France contre les jugements ». L'argument a contrario, seul utilisé par elle, procède d'une affirmation ; il n'est pas une justification.

On peut d'abord faire grief à la Cour de Cassation de manquer de logique. Pour juger les clauses de réserve de propriété ou de résolution inopposables à la masse lorsqu'elles sont invoquées après la déclaration de faillite, la Cour de Cassation fait état de ce que les marchandises sont « devenues par leur entrée dans les magasins de l'acheteur, éléments de la solvabilité apparente de celui-ci » (2). On exploite son raisonnement en disant que les tiers qui ont traité avec le commerçant failli et lui ont fait confiance au vu des marchandises dont ils

vendeur ne s'en est pas prévalu avant la déclaration de faillite, elle est inopposable à la masse.

(9) ESMEIN, note au S. 1935.I.338, col. 2 ; *Contra :* RAULT, *Des clauses par lesquelles le vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende.* R. F. 1936.412.

(10) Par extension de la solution donnée en matière d'action en résolution : Civ. 14 mars 1906, S. 07.I.85 ; Civ. 10 mars 1930, S. 30.I.165 ; Civ. 23 juin 1937, R. F. 37.681.

101. — (1) Les clauses de réserve de propriété ou de résolution sont assurément valables lorsqu'elles sont invoquées par le vendeur avant la cessation des paiements de l'acheteur.

(2) Civ. 22 oct. 1934, D. P. 34.I.151.

lui attribuaient la propriété, seraient injustement trompés et frustrés si celles-ci étaient soustraites à leur droit de gage. Si donc, à tort ou à raison, ainsi qu'on l'a vu, l'apparence est invoquée comme créatrice du droit des créanciers et empêche le vendeur de reprendre sa chose après la déclaration de faillite, elle devrait conduire également à empêcher le vendeur de reprendre sa chose au cours de la période suspecte (3). Pas plus en conséquence que lorsqu'elles sont invoquées après la déclaration de faillite, les clauses précitées ne devraient être opposables à la masse lorsqu'elles sont invoquées avant la déclaration de faillite, pendant la période suspecte. La différence de régime appliquée aux clauses suivant qu'elles ont été invoquées le lendemain ou la veille de la déclaration de faillite n'est pas satisfaisante.

L'opposabilité des clauses de réserve de propriété ou de résolution est d'autant plus critiquable que la résolution amiable intervenue pendant la période suspecte en l'absence de toute clause originairement stipulée, tombe sous le coup de l'article 446 du Code de Commerce. Pourquoi dans ces conditions refuser au vendeur de reprendre à l'amiable le bien vendu et lui permettre de le réclamer valablement s'il s'en est réservé la possibilité par le contrat ? On arrive à cette conséquence que la situation du vendeur est meilleure lorsque l'acheteur n'exécute pas le contrat que lorsqu'il l'exécute. S'il l'avait exécuté et payé son prix, le vendeur n'aurait pu conserver son prix reçu en connaissance de la cessation des paiements; si, au contraire, l'acheteur ne paie pas son prix, le vendeur, grâce au jeu de la clause, peut réclamer la restitution du bien aliéné et le conserver.

Enfin et surtout, l'opposabilité des clauses de réserve de propriété ou de résolution invoquées pendant la période suspecte rompt l'égalité entre les créanciers. Or, le vœu du législateur est qu'à partir du jour de la cessation des paiements du débiteur, aucun créancier n'essaie d'améliorer sa situation au détriment des autres. En l'occurrence, un créancier s'évade du cercle des créanciers en substituant à son droit de créance un droit réel.

Ces divers arguments avaient été entrevus par les juridictions

(3) Cf. *supra*, page 111 ; RAULT, page 408.

inférieures (4) qui, lorsque la question leur fut soumise, n'admirent pas l'opposabilité des clauses de réserve de propriété ou de résolution expresse invoquées pendant la période suspecte. Mais leurs décisions se heurtèrent à la détermination de la Cour de Cassation. On peut citer en Belgique une même résistance des juridictions inférieures (5). La doctrine (6) qui, dans son ensemble, s'était, au point de vue juridique, montrée hostile à l'action en résolution exercée pendant la période suspecte, ne saurait réserver un accueil plus favorable aux clauses précitées.

On peut d'ailleurs se demander si les solutions de la Cour de Cassation elles-mêmes sont définitives. Les attendus d'un arrêt de la Chambre Civile du 7 octobre 1941 (7) permettraient d'en douter. A la suite du non-paiement de sa créance, un vendeur avait obtenu de l'acheteur la rétrocession de la propriété des marchandises vendues, et convenu que l'acheteur détiendrait celles-ci à titre de dépositaire. Ultérieurement, l'acheteur restitua les marchandises. Survint la faillite de l'acheteur ; le point de départ de la période suspecte fut fixé à une date postérieure à la convention de rétrocession. Le syndic soutint que l'exécution de celle-ci n'était pas opposable à la masse et réclama au vendeur la restitution des marchandises. La Cour de Cassation a jugé qu'il était « inexact en droit d'assimiler au regard de la masse les effets d'une restitution au cours de la période suspecte en suite d'une résolution amiable et ceux d'une restitution effectuée en exécution d'une clause originaire de réserve de propriété » ; elle a cassé pour défaut de base légale l'arrêt de la Cour d'Appel qui, procédant à cette assimilation, et sans qualifier la convention passée entre acheteur et vendeur, avait rejeté la prétention du syndic. De cet arrêt de la Chambre Civile, il paraît résulter que la restitution effectuée pendant la période suspecte serait valable au cas où elle serait intervenue en vertu d'une clause

(4) Lyon, 29 juin 1931, cassé par Civ. 3 mai 1935, D. H. 35.313 ; Aix, 1er fév. 1934, cassé par Civ. 12 déc. 1938, D. H. 39.146.

(5) Bruxelles, 15 janv. 1938, *Pandectes périodiques*, cité par PIRET, *Chronique de Jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique* 1929-1938, R. G. D. C. 1939, p. 240.

(6) LACOUR, note au D. 1904.II.217 ; LYON-CAEN et RENAULT, tome VIII, n° 836 ; PERCEROU et DESSERTEAUX, tome I, nos 231 et s. ; MELLER, *La masse en matière de faillite*, thèse, Paris, 1935, pages 63 et 64.

(7) J. C. P. 1945.II.2786, note BOITARD.

originaire de réserve de propriété, mais qu'elle serait nulle au cas où elle serait intervenue en vertu d'une convention de résolution amiable postérieure au contrat. Cette distinction est arbitraire. En quoi la restitution opérée en vertu d'une convention originaire de réserve de propriété diffère-t-elle de la restitution opérée en vertu d'une convention de résolution amiable alors, du moins, que ces conventions sont intervenues avant la période suspecte ? L'on peut espérer que la Cour de Cassation rejettera cette distinction le jour où la question serait à nouveau soumise à son examen. On peut se demander en effet si, ce jour-là, alors qu'elle a déjà prononcé l'annulation de la restitution opérée en vertu d'une convention de restitution amiable, elle ne prononcerait pas également l'annulation de la restitution intervenue en vertu d'une convention originaire de réserve de propriété. Cette solution respecterait seule le principe de l'égalité. Ce revirement de la jurisprudence surviendrait-il d'ailleurs que l'insertion des clauses de réserve de propriété ou de résolution conserverait son utilité pour le cas où le vendeur les invoquerait avant la date de la cessation des paiements du débiteur.

Au demeurant cependant, l'espoir d'un revirement de la jurisprudence n'a que peu de chances de se voir réaliser. En jugeant opposables les clauses précitées, lors même qu'elles avaient joué pendant la période suspecte, la jurisprudence n'a fait que traduire, dans la mesure de ses possibilités, un état d'esprit favorable à l'extension des droits du vendeur.

102. — Opportunité d'après la doctrine d'une extension des droits des vendeurs.

Dans les années qui avaient précédé la guerre, en effet, les garanties du vendeur étaient apparues comme insuffisantes ; elles n'étaient pas à la mesure des crédits dont avaient besoin les acheteurs. En effet, la « revendication » des marchandises en cours de route au jour de la faillite de l'acheteur suppose réuni un concours chanceux de circonstances; le jeu des clauses de réserve de propriété ou de résolutions lorsque les vendeurs avaient eu la prévoyance de les insérer au contrat, ou l'exercice de l'action en résolution avant la déclaration de faillite sont en fait peu fréquents, soit parce que l'acheteur a payé réguliè-

rement les acomptes prévus jusqu'au jour de la déclaration de faillite, soit parce que le vendeur a hésité à exercer l'action ou à se prévaloir de la clause dans l'espoir que l'acheteur ferait face à ses engagements. Mises en parallèle avec les législations étrangères qui, à des degrés différents il est vrai, accordaient des droits étendus au vendeur, les solutions du code de commerce apparaissent comme le fruit d'une logique trop rigoureuse et l'on considérait communément comme opportun un renforcement des garanties du vendeur dans le souci d'augmenter le crédit de l'acheteur. Les solutions préconisées (1) étaient d'ailleurs des solutions très mesurées ; elles ne prévoyaient pas l'extension à tous les vendeurs sans distinction de garanties leur assurant leur paiement en toutes hypothèses comme le droit américain et le droit hollandais ; elles distinguaient entre vendeurs de machines et vendeurs de marchandises. Les premiers, à la condition de réaliser certaines mesures de publicité, auraient bénéficié du privilège du vendeur et ils auraient pu valablement opposer à la faillite la clause de réserve de propriété ; la situation des vendeurs de marchandises serait restée inchangée (2). Ces solutions étaient, au demeurant, celles du droit belge, du droit roumain et du droit italien tel qu'il résultait du code de 1882; elles ont été dépassées par la loi italienne de 1942 (3).

102. — (1) PERCEROU, *La Clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières*, Annales de Droit Commercial 1931.180 ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, tome VIII, page 182 ; RAULT, *Des clauses par lesquelles le vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende*, R. F. 1936, p. 393 et, notamment, p. 414 et s. ; PICARD, Rapport présenté en 1936 à la Commission des locations-ventes d'objets mobiliers de la Société d'Etudes Législatives, *Bulletin* 1936, page 182.

(2) On envisage seulement ici la situation du vendeur grossiste. Le vendeur détaillant a pour clients des particuliers non commerçants ; il bénéficie des garanties du droit civil ; au surplus, le développement des ventes à tempérament n'est pas à encourager.

(3) A la différence du droit français, en effet, le vendeur n'a, en Italie, aucun privilège ; mais comme en droit français, il ne peut, au cas de faillite de l'acheteur, intenter l'action en résolution. Cependant, en vertu de l'article 2762 du code civil, le vendeur de machines a un privilège qu'il conserve au cas de faillite de l'acheteur si le prix qui lui est dû est supérieur à 30.000 lires et à la condition qu'une inscription soit prise au Greffe du Tribunal dans le ressort duquel se trouve située la machine.

Par ailleurs, le droit italien de 1942 dépasse les solutions du code de 1882 et les solutions préconisées en France, en ce que, d'après l'article 1524 du code civil, inspiré des solutions jurisprudentielles allemandes, la clause de réserve de propriété peut être opposée aux créanciers de l'acheteur par tous vendeurs, qu'ils soient vendeurs de machines ou vendeurs de mar-

La distinction entre vendeurs de machines et vendeurs de marchandises est d'ailleurs aisée à justifier (4).

Si, en effet, les acheteurs de machines et les acheteurs de marchandises ont besoin de crédit, il importe avant tout d'assurer le crédit des premiers. En tous temps, l'acheteur de machines a besoin de crédits considérables et de longue durée ; le coût du matériel est élevé et l'acheteur ne peut espérer en récupérer le prix qu'à la suite d'un amortissement étalé sur plusieurs années. Au point de vue économique, les besoins de crédit de l'acheteur de machines sont particulièrement dignes d'être pris en considération : les machines achetées, mises au service de la production, sont des biens créateurs de richesses. Or, pour obtenir les crédits dont il a besoin, l'acheteur ne peut compter sur son banquier. Le crédit bancaire est essentiellement un crédit à court terme, d'un an au maximum ; il est un « crédit de fonctionnement » (5) et non un crédit d'équipement ; il n'est pas actuellement en conséquence adapté au financement de l'achat de matériel dont le paiement doit s'échelonner sur plusieurs années (6). Comme la charge du crédit sollicité par l'acheteur de machines est destiné à peser, en définitive sur le vendeur, celui-ci ne l'accordera que si des garanties lui assurent son paiement. D'ailleurs, en conférant au vendeur une situation préférentielle, on ne doit pas redouter d'entamer le crédit général de l'acheteur ; car les autres créanciers n'ont pu légitimement prendre en considération, pour mesurer leurs avances, la valeur des machines figurant dans les usines de l'industriel, car ils savent que, de pratique courante, le paiement ne s'en effectue pas comptant.

Au contraire, le revendeur de marchandises, le commerçant détaillant, ne peuvent invoquer aucune des raisons dont peut se prévaloir l'acheteur de machines. Il n'a pas besoin de crédits de longue durée ; la revente des marchandises achetées lui permet de payer à bref délai son vendeur. Au surplus, l'aug-

chandises et sans avoir été astreints à réaliser au préalable une mesure quelconque de publicité. Cependant, pour pouvoir opposer la clause au tiers acquéreur, et si le prix est supérieur à 30.000 lires, le vendeur de machines doit transcrire le pacte sur un registre spécial tenu au Greffe du Tribunal (art. 1524, al. 2 du C. C.).

(4) RAULT, précité, page 423.

(5) HAMEL, tome II, p. 358 et 359.

(6) CHEYROUZE, *Les problèmes actuels du crédit à moyen terme*, Revue Banque, janvier 1947, page 5.

mentation du crédit des acheteurs, consécutive à un renforcement des garanties du vendeur, serait plus nuisible qu'utile ; elle nuirait au crédit général du commerçant en mettant en méfiance tous autres que les vendeurs. On n'oubliera pas non plus que l'égalité entre les créanciers est le principe dont il ne faut se départir que pour des motifs très justifiés.

Les suggestions qui lui étaient faites ont été entendues du législateur. Par la loi du 29 décembre 1934, il a donné satisfaction aux vendeurs d'automobiles dont les réclamations étaient les plus pressantes et prévu une publicité appropriée ; en 1941, il a étendu cette loi à la vente à crédit des tracteurs agricoles et de tout appareillage « destiné à substituer à l'emploi de l'essence l'usage d'une autre source d'énergie. » Plus récemment, c'est un régime analogue à celui qui avait été prévu pour les vendeurs d'automobiles que la loi du 22 février 1944 a institué au profit du vendeur de films cinématographiques (7).

Au total cependant, le champ d'application de ces trois lois demeure très limité ; les solutions préconisées avant guerre acquièrent, dans la situation de l'après-guerre, un renouveau d'actualité ; elles trouveraient leur place dans un plan général d'organisation du crédit. De toute nécessité, il faut faciliter l'achat des machines. L'outillage entier de la France est à reconstituer. Lorsqu'il n'a pas été détruit, il est démodé. Or, la trésorerie des entreprises ne peut subvenir aux dépenses occasionnées par sa réfection. Il importe donc de donner au vendeur les garanties grâce auxquelles ils pourront faire crédit aux acheteurs (8). Dépassant même les suggestions de la Société d'Etudes Législatives, on pourrait reconnaître la possibilité au vendeur de machines, outre de se prévaloir du privilège ou d'invoquer une clause de réserve de propriété, d'exercer l'action en résolution au cas où il aurait omis d'insérer au contrat une semblable clause (9).

(7) Sur le commentaire de cette loi, cf. FARGEAUD, *L'adaptation de la technique juridique du gage aux opérations modernes de banque*, Revue *Banque*, mai 1946, page 32.

(8) CHEYROUZE, *les problèmes actuels du crédit à moyen terme*, 2e article, *Banque*, février 1947, page 21 et, notamment, page 27.

(9) Ces vœux sont réalisés par le projet préparé au début de l'année 1947 par le Conseil National du Crédit. Cf. *La situation du crédit et les problèmes qui s'y rattachent*. Le rapport du Conseil National du Crédit. Banque, mai 1947, page 15 et, notamment, page 22.

En revanche, et plus encore qu'avant-guerre, semble-t-il inopportun de renforcer le crédit de l'acheteur de marchandises en gros vis-à-vis de son vendeur. Sans doute, à première vue, pourrait-on penser qu'il y aurait avantage à encourager la vente à crédit étant donné la crise grave de trésorerie que subissent les commerçants détaillants et la gêne que leur cause la pratique, généralisée depuis la guerre, du paiement comptant. En réalité, il faudrait redouter que les facilités données aux acheteurs à crédit de marchandises ne soient utilisées en vue de stockages massifs contraires à l'intérêt national, effectués par des commerçants soucieux de tirer bénéfice de la hausse éventuelle des prix.

TITRE DEUXIEME

LA PROTECTION DU BANQUIER PAR L'INEGALITE

Les prérogatives du vendeur dans la faillite de l'acheteur sont de faible amplitude à côté de celles du banquier dans la faillite de ses clients. Le banquier y bénéficie d'une situation éminente à un double point de vue, qu'il soit créancier chirographaire, porteur d'effets de commerce ou créancier en compte courant, ou qu'il soit créancier muni de sûretés, en particulier, créancier gagiste. On étudiera sa position dans ces deux hypothèses.

Pour éviter tout malentendu, on précisera immédiatement que les prérogatives dont bénéficie le banquier ne lui sont pas spécialement réservées, mais qu'en fait, les banques ou organismes qui s'en rapprochent tels que la Caisse Nationale des Marchés, par les opérations auxquelles ils se livrent, sont appelés, tout spécialement sinon exclusivement, à en bénéficier.

CHAPITRE PREMIER

LA PROTECTION DU BANQUIER CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE (1)

103. — Introduction.

On n'a aucune peine à montrer comment les avantages dont bénéficie le banquier comme porteur d'effets de commerce ou créancier en compte courant sont justifiés par le souci d'assurer la protection du crédit. A raison même des garanties dont ils sont assortis, les effets de commerce (2) et le compte courant sont, en effet, les instruments par excellence de la diffusion du crédit.

La circulation, en effet, de la lettre de change et du billet à ordre conduit ordinairement ceux-ci entre les mains du banquier, à qui ils sont présentés à l'escompte. Or, grâce à l'escompte, la lettre de change et le billet à ordre, originairement instruments de transport d'argent et instruments de paiement, sont devenus, depuis près de trois siècles, les instruments du crédit à court terme (3). L'escompte en effet équivaut à un prêt ; il est l'avance par le banquier escompteur au tireur (ou au bénéficiaire) de la somme qui est due à terme à celui-ci par le tiré (ou le souscripteur). Plus exactement, il est l'achat au comptant d'une créance à terme (4). A la vérité d'ailleurs, si, grâce à l'escompte, la lettre de change et le billet à ordre sont instruments de crédit pour le tireur ou le béné-

103. — (1) Sur les solutions américaines, cf. NADELMANN, *Concurrent bankrupicies and creditor equalicy in the Americas*, 1947.

(2) Hormis le chèque qui n'est qu'instrument de paiement.

(3) HAMEL, *La mobilisation des créances bancaires*, R. G. D. C. 1938.19.

(4) Strictement, l'escompte n'est pas un prêt sur gage, mais une cession de créance (HAMEL, t. II, n° 1038).

ficiaire, un vendeur de marchandises par exemple, c'est le tiré ou le souscripteur qui est, en dernière analyse, le bénéficiaire de l'escompte. Seules, en effet, les facilités qu'un escompte, ultérieurement effectué, procure au tireur (ou au bénéficiaire) ont permis à celui-ci de faire crédit au tiré (ou au souscripteur). Grâce à l'escompte, la lettre de change et le billet à ordre sont instruments de crédit, autant pour le tireur (ou le bénéficiaire) que pour le tiré (ou le souscripteur).

L'étendue du rôle que joue l'escompte dans la distribution du crédit mérite que l'on s'y arrête ; elle est fonction du développement de la lettre de change et du billet à ordre. Jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle en effet, lettre de change et billet à ordre avaient été uniquement des « effets commerciaux ». Les effets commerciaux sont « ceux qui constatent la créance née de la livraison de marchandises, de l'exécution de travaux ou de la prestation de services commerciaux, et dont l'échéance est identique à celle de la créance qu'ils représentent » (5). Mais les possibilités de paiement anticipé qu'offre toute créance représentée par une lettre de change ou un billet à ordre, ont incité les hommes d'affaires à revêtir du « costume cambiaire » (6) des créances plus nombreuses. Des « effets financiers » ont alors pris place à côté des « effets commerciaux » dont ils se sont immédiatement différenciés par le fait que la créance du tireur contre le tiré ne correspondait plus à une transaction commerciale, comme dans les premiers, mais à une opération de crédit, en particulier à un prêt (7), que la créance du tireur contre le tiré fût alors celle de l'emprunteur en exécution du prêt, ou celle du prêteur en remboursement de celui-ci (8).

(5) Définition donnée par un commission de techniciens chargés en 1945 par les banquiers de Paris d'établir une réglementation du prix des crédits mobilisables et reproduite par SCHLOGEL, *Les crédits mobilisables et leur réglementation*, Rev. *Banque*, novembre 1946, page 25.

(6) L'expression est de M. HAMEL ; cf. *la mobilisation des créances bancaires*, R. G. D. C., 1938-23.

(7) Il pourrait s'agir également d'un cautionnement.

(8) La distinction entre « effets commerciaux » et « effets financiers » vient d'être consacrée par la Banque de France qui, par décision du 9 janvier 1947, a fixé un taux d'escompte différent pour chaque catégorie d'effet. Jusqu'à présent, les deux catégories d'effets avaient toujours bénéficié du même taux d'escompte. En Belgique également, un taux d'escompte différent est pratiqué à l'égard des effets financiers et à l'égard des effets commerciaux.

Représentatif d'une opération financière, l'effet financier n'est d'ailleurs pas pour autant sans lien avec une opération commerciale. Mieux, il en assure ordinairement le financement. Le développement des effets financiers est lié, entre autres raisons en effet, à l'esprit de méfiance particulièrement répandu au cours de ces dernières années. Des créanciers, mus par la crainte de la faillite toujours possible de leur débiteur, ont cherché à reporter le risque du crédit qu'ils consentaient sur un tiers, pratiquement sur un banquier dont la solvabilité leur était assurée, qui s'engagerait à les désintéresser à l'échéance. Ou bien, ils ont purement et simplement refusé tout crédit et exigé paiement comptant, forçant le débiteur à financer lui-même l'opération, pratiquement à faire appel à son banquier.

Dans les deux hypothèses, les choses se passent de la manière suivante : on y verra mise en œuvre la technique des crédits d'acceptation et de la mobilisation des créances bancaires (9).

A la suite d'une ouverture de crédit consentie à l'acheteur par son banquier, traite est tirée sur le banquier soit par l'acheteur au bénéfice de son vendeur, soit par le vendeur lui-même qui laisse en blanc le nom du bénéficiaire.

Si le vendeur a consenti à faire crédit, la traite sera tirée à trente ou quatre-vingt-dix jours, en fonction du crédit qu'il aura accordé. Le vendeur, après avoir présenté la traite à l'acceptation du banquier de l'acheteur, pourra la faire escompter par son propre banquier et toucher par anticipation le montant du prix de vente. Le tirage d'un effet financier aboutira, dans ce cas, au même résultat que le tirage d'un effet commercial.

Si le vendeur a refusé de faire crédit, une traite à vue, ou mieux, un chèque sera tiré sur le banquier par l'acheteur et remis au vendeur. Mais il se peut que le banquier n'ait con-

(9) Il ne saurait, d'ailleurs, être question ici de décrire cette technique (cf. HAMEL, tome II, nos 1019, 1085 à 1107), mais de montrer, à l'aide de quelques exemples, sa relation avec l'escompte des effets de commerce.

Après la Libération, les acceptations ont quintuplé ; elles financent essentiellement les opérations du commerce intérieur et non plus, comme avant la guerre, des transactions internationales. PETIT-DUTAILLIS, *le risque du crédit bancaire*, 2e éd. 1946, page 329.

senti à son client-acheteur qu'un crédit réalisable dans trois ou six mois. Peu importe. L'acheteur tirera traite sur le banquier à trois ou six mois et la fera escompter par un autre banquier ; il disposera de la sorte immédiatement des fonds dont il a besoin. Le cycle de l'opération n'est d'ailleurs pas terminé. Le banquier, créancier du remboursement des avances consenties à son client au profit des créanciers entre les mains de qui il a payé ou devra payer les effets qu'il a acceptés, tirera traite à son tour contre son débiteur et laissera en blanc le nom du bénéficiaire. Dès avant l'échéance du remboursement de l'avance, voire dès avant l'échéance du papier d'acceptation, il suffira au banquier de remplir le blanc au nom d'un autre banquier ou de la Banque de France pour rentrer dans les fonds avancés.

Dans tous les cas, la représentation d'une créance par un effet de commerce apparaît, grâce à la possibilité de l'escompte, comme la condition du crédit octroyé au débiteur, et ce crédit lui est toujours, en définitive, octroyé par le banquier.

L'importance économique du crédit commandait que toutes mesures fussent prises pour que les chances de non-paiement des effets escomptés fussent réduites et que le banquier pût percevoir l'intégralité des sommes qu'il avait avancées. Dans ce dessein, le législateur, entre autres précautions, a fait fléchir les règles de la faillite au profit du porteur d'effets de commerce (art. 449 c. com.) ou écarté, au cas de faillite, les règles du droit civil (art. 542 et 544 c. com.). L'escompte s'en est trouvé facilité et le crédit bancaire plus largement distribué.

A côté des effets de commerce et intimement lié à eux, le compte courant est le second instrument de diffusion du crédit. C'est la coutume commerciale qui, suppléant à la carence du législateur, l'a créé par une œuvre tout à fait originale.

Un compte courant peut être établi entre toutes personnes, entre commettant et commissionnaire (10), entre agent de change et donneur d'ordre (11). Mais son existence est parti-

(10) L'article 575 fait allusion à cette hypothèse.
(11) Paris, 6 janv. 1938, R. G. D. C. 38.315.

culièrement fréquente entre banquier et client (12) ; il s'incorpore alors aux opérations de crédit effectuées par le banquier et en fournit le cadre. Il faut supposer que le compte est à « découvert bilatéral » (13), c'est-à-dire qu'il a été convenu que le solde du compte pourrait être débiteur non seulement à la charge du banquier, comme au cas de « découvert unilatéral », mais aussi à la charge du client, autrement dit, il faut supposer qu'il a été convenu que le client pourrait être débiteur du banquier. Consenti par le banquier, le découvert est alors constitutif d'une ouverture de crédit ou d'une avance (14). Généralement, il sera subordonné à la constitution d'une sûreté réelle ou personnelle qui assurera au banquier le remboursement des sommes dont il sera créancier (15). Mais il arrivera aussi que le découvert sera consenti par le banquier en l'absence de toute sûreté. Il en sera ainsi lorsque l'avance ou l'ouverture de crédits seront accordées en vue d'opérations commerciales déterminées, dont le produit, facilement réalisable, doit assurer le remboursement des sommes avancées. Le banquier fera alors pleine confiance à son client. Le découvert sera un crédit de campagne, un crédit de travaux, un crédit d'approvisionnement (16), et il résultera ordinairement de l'escompte d'effets de commerce. Les avantages qui vont résulter pour le banquier des règles coutumières du compte courant, qu'elles jouent seules ou combinées avec les règles légales du droit de change, ont alors tout leur prix ; ils suppléent à l'absence de sûreté conventionnelle que le banquier n'a pas jugé nécessaire de se ménager. Mieux, on peut affirmer que si le banquier n'a pas exigé de sûreté, c'est parce qu'il savait pouvoir compter sur les garanties que lui offrait le compte courant.

Du point de vue théorique, ces avantages sont d'une manière classique considérés comme le développement logique de la règle maîtresse du compte courant : la règle de l'indivisibilité. Si son application justifie certains de ces avantages, d'autres apparaissent comme l'utilisation, en vertu d'une

(12) HAMEL, tome I, n° 341.
(13) HAMEL, tome I, n° 342, p. 535 et note 1.
(14) HAMEL, tome II, n° 889.
(15) HAMEL, tome II, n° 881.
(16) HAMEL, tome II, n°s 884 et 885. Le découvert pourrait consister également en facilités de caisse. HAMEL, t. II, n° 686.

logique purement verbale, du pouvoir d'expansion que la règle possédait par elle-même. La règle de l'indivisibilité a été en effet, entre les mains des banquiers, l'arme grâce à laquelle ils ont mené victorieusement leur offensive contre la loi de l'égalité. Aujourd'hui, cette arme semble s'être émoussée et avoir perdu sa vertu originaire. Au cours de ces dernières années, la jurisprudence, par un cantonnement des effets de la règle de l'indivisibilité, a marqué le souci de faire respecter la loi de la faillite. On se demandera s'il serait salutaire que cette tendance se développe encore.

C'est en fonction de l'incidence de la règle de l'indivisibilité sur les avantages qui résultent du fonctionnement du compte courant que nous étudierons ceux-ci, d'abord, au cas où les règles coutumières sur le compte courant jouent seules, ensuite, au cas où ces règles sont combinées avec les dispositions légales sur le droit du change.

Les trois sections de ce chapitre seront consacrées à la protection du banquier — créancier chirographaire — par la loi (Section I), par la coutume commerciale (Section II), par les effets conjugués de la coutume commerciale et de la loi (Section III).

Section I

LA PROTECTION DU BANQUIER PAR LA LOI

Le double souci d'assurer la circulation des effets de commerce en tant qu'instrument de paiement, d'une part, et de protéger, d'autre part, le crédit dont les effets de commerce sont l'instrument, a conduit le législateur à faire prédominer le droit du change sur le droit de la faillite. Cette prédominance se manifeste par deux exceptions à la loi de l'égalité grâce auxquelles le porteur parvient à s'évader de la masse. Ces deux exceptions présentent d'ailleurs ce caractère commun que l'atteinte à l'égalité n'est pas réalisée ou peut n'être pas réalisée au détriment de l'ensemble des créanciers, mais au détriment de l'un ou de certains d'entre eux seulement.

104. — Théorie des coobligés.

La préférence dont bénéficie le porteur se manifeste avec éclat à l'occasion de l'application de la théorie des coobligés ; elle aboutit pratiquement à rendre le porteur indemne des suites de la faillite du tiré ou du souscripteur. En vertu de la théorie des coobligés en effet, le créancier qui possède plusieurs codébiteurs solidaires déclarés en faillite, pourra produire pour l'intégralité de sa créance à la faillite de chacun de ceux-ci (1). Contrairement aux solutions du droit civil, il ne sera pas tenu de déduire le dividende perçu dans la faillite de l'un d'eux, à la suite d'union, de sa production dans la faillite des autres, et la remise consentie à l'un des codébiteurs à la suite d'un concordat judiciaire (non pas d'un concordat amiable) ne pourra pas être invoquée par les autres. On admet de même, dans le silence de la loi, que le fait d'un paiement partiel effectué postérieurement à la faillite de l'un des coobligés par un coobligé in bonis, n'oblige pas le créancier à réduire d'autant sa production dans la faillite déjà ouverte (2) ou dans toute faillite de l'un des coobligés, qui viendrait à s'ouvrir ultérieurement (3). Cependant, les acomptes obtenus sur les effets devraient s'imputer sur la production du créancier s'ils avaient été touchés avant la faillite de l'un des coobligés (4) ou même si, touchés postérieurement, ils avaient été versés par un tiers non obligé à la dette (5).

Si tout créancier de dettes solidaires peut se prévaloir de la théorie des coobligés, que la solidarité résulte d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, elle est, au témoignage des arrêts, invoquée le plus souvent par les porteurs d'effets de commerce, pratiquement par les banquiers escompteurs, au cas de défaillance du tiré, accompagnée ou non de la défaillance des autres signataires de l'effet. Tous

104. — (1) Peu importe, en effet, que les faillites dans lesquelles le créancier est appelé à produire, aient été ouvertes alors qu'aucune d'elles n'était close (art. 542), ou que certaines d'entre elles n'aient été ouvertes, alors que d'autres étaient déjà closes (Req. 24 juin 1851, S. 51.I.561).

(2) Par ex. Civ. 27 janv. 1941 ; 22 juillet 1942, D. C. 43.J.70.

(3) Cf. BATIFFOL, *La théorie des coobligés en état de faillite*, Annales de Droit Commercial 1931.221.

(4) Art. 544, c, com.

(5) Req. 5 juil. 1944, S. 45.I.67, J. C. P. 45.II.2787, note LESCOT.

les signataires d'un effet de commerce sont en effet cautions solidaires. Historiquement d'ailleurs, la règle de la production intégrale a été dégagée à la fin du XVIII[e] siècle à l'occasion des faillites des cosignataires d'un effet de commerce (6) et si elle a été généralisée par la suite, cette situation a été la préoccupation première des rédacteurs du code de commerce : les termes des articles 542 et 543 en sont la preuve (7).

Mais le but de protection du crédit qui justifie la théorie des coobligés n'est réalisé qu'au prix d'une double atteinte à la règle de l'égalité.

Dans la faillite du débiteur principal, d'une part, l'application de la théorie des coobligés a pour conséquence d'écarter de la masse certains créanciers : les coobligés-cautions, en excluant leurs productions récursoires. Le montant total de la production du créancier et des productions récursoires dépasserait en effet le montant de la créance. La rupture de l'égalité est alors réalisée au détriment de créanciers déterminés.

Dans la faillite des cautions, d'autre part, l'application de la théorie des coobligés aboutit à l'augmentation du passif de la caution faillie. La rupture de l'égalité est alors réalisée au détriment de l'ensemble de ses créanciers.

105. — Soustraction du paiement des effets de commerce au régime de l'article 447.

La protection du porteur au cas où le tiré ou le souscripteur sont tombés en faillite avant de payer, postulait l'établissement d'une protection du même ordre au cas où le tiré ou le souscripteur auraient payé le porteur avant sa mise en faillite, pendant la période suspecte. De droit commun en effet, à la condition que le porteur ait eu connaissance de la cessation des paiements du solvens au moment du paiement, le syndic

(6) Arrêt du Parlement de Paris de 1776, Archives Nationales A D. + 1025. Cet arrêt d'ailleurs n'est intéressant que par la solution qu'il donne ; il ne contient aucun attendu de principe.

(7) Art. 549 : « Le créancier porteur d'engagement souscrit endossé ou garanti solidairement par le failli et d'autres co-obligés, etc... »

Au cas où la réunion des dividendes que donneraient les multiples faillites excéderait le montant total de la créance, l'art. 543 stipule : « l'excédent sera dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants ».

serait fondé à lui réclamer le rapport à la masse des sommes qu'il aurait touchées. Cette éventualité eût fait obstacle au développement de l'effet de commerce comme instrument de paiement et eût ruiné sa fonction de crédit. L'application du droit commun eût été particulièrement rigoureuse à un double point de vue. Le porteur en effet s'est trouvé dans l'obligation de présenter l'effet au paiement à l'échéance et d'en recevoir paiement malgré la connaissance qu'il pouvait avoir de la cessation des paiements du tiré. Au cas de défaut de présentation, d'une part, il eût perdu le droit de recourir contre les autres signataires de l'effet. D'autre part, le rapport par le porteur des sommes qu'il avait été contraint de toucher l'eût laissé sans recours puisqu'il n'aurait plus été en mesure, du fait de l'expiration des délais, de faire dresser protêt et de se retourner contre les signataires de l'effet.

Ces motifs ont impressionné le législateur de 1838, qui, pour le porteur d'effet de commerce, a fait exception à la règle de l'article 447. Le porteur pourra conserver les sommes qu'il aura encaissées du tiré en état de cessation de paiement, alors même que l'embarras des affaires du failli lui aurait été connu au moment du paiement. Ainsi en dispose l'article 449 du code de commerce (1).

Si le porteur d'effets de commerce est avantagé par rapport aux autres créanciers chirographaires, l'avantage ne sera pas, le plus souvent cependant, supporté par la masse. Le syndic en effet pourra recourir contre le tireur de la lettre de change (2), ou contre le premier endosseur du billet à ordre, à la condition qu'ils aient connu la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur au moment de l'émission du titre. Tireur au cas de lettre de change, et premier endosseur au cas de billet à ordre, sont en effet les véritables créanciers du tiré et du souscripteur. Ces derniers, en payant le porteur, ont en réalité acquitté leur dette envers les premiers (3). On

105. — (1) Le motif qui a inspiré le législateur, à savoir l'obligation dans laquelle le porteur se trouve de présenter l'effet au paiement, limite la portée de l'exception aux hypothèses où le porteur n'aurait pu refuser le paiement sans porter atteinte à ses recours. PERCEROU et DESSERTEAUX, tome I, nos 695, 697, 698.

(2) Si le tireur a agi pour le compte d'autrui, le recours sera exercé contre le donneur d'ordre.

(3) Tireur et premier endosseur auront d'ailleurs la ressource de produire à la faillite du tiré et du souscripteur.

ne méconnaîtra pas, néanmoins, que l'exigence de la connaissance de la cessation des paiements de la part du tireur ou du premier endosseur fait courir à la masse le risque que l'émission de la traite ait eu lieu avant la cessation des paiements ; la masse sera alors privée de tout recours.

Section II

LA PROTECTION DU BANQUIER PAR LA COUTUME COMMERCIALE

106. — Dérogations à la règle de l'égalité admises par la coutume.

Le compte courant, produit de la coutume commerciale (1) est la source de multiples atteintes à la loi de l'égalité. Si certaines d'entre elles semblent n'avoir pas suscité de discussions, d'autres, au contraire, ont été l'occasion de luttes particulièrement âpres entre syndics et banquiers. Préoccupés de la sauvegarde de leurs intérêts et de l'extension des avantages qu'ils possédaient déjà, les banquiers, suivant qu'elles leur étaient favorables ou défavorables, ont invoqué et rejeté tour à tour les règles du compte courant. Les syndics n'ont pas manqué de dénoncer leur manque de logique.

Les dérogations à la loi de l'égalité auxquelles la coutume commerciale conduit en matière de compte courant sont de deux ordres : les unes ont trait à l'interdiction de la compensation malgré la faillite, les autres à la réglementation des nullités de la période suspecte.

1re Catégorie de dérogations : dérogations à l'interdiction de compensation.

a) *Le compte courant.*

Les règles maîtresses du compte courant sont, on le sait, la novation et l'indivisibilité. Leur application place le banquier

106. — (1) Lebrun, *La Coutume*, thèse, Caen, 1932, n° 401 ; Escarra, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, extrait des *Annales de Droit Commercial* de 1910, tirage à part, page 17.

dans une situation avantageuse à la clôture du compte. De droit commun en effet, la déclaration de faillite rend impossible toute compensation entre les créances à terme que des tiers possèdent contre le failli et les dettes exigibles dont ils sont tenus envers lui. Le fait que le jugement déclaratif rende exigible les dettes à terme du failli est sans influence car la condition d'exigibilité est remplie trop tard pour que la compensation puisse jouer. Le créancier devra payer intégralement ses dettes ; il ne touchera qu'un dividende pour ses créances. L'existence d'un compte courant entre le commerçant futur failli et lui, permet au créancier du failli d'éviter ce résultat désastreux.

Le compte courant réalise en effet l'absorption de toutes les créances et de toutes les dettes des parties au compte et leur fusion en un solde final qui seul sera pris en considération. Ce solde est la résultante de toute les opérations passives et actives des parties au compte ; la clôture du compte le produit instantanément et automatiquement. Au cas de clôture du compte pour tout autre motif que la faillite, le solde est établi sans que les articles de débit correspondant à des dettes non encore exigibles y contribuent ; au cas de faillite, au contraire, articles de débit correspondant à des dettes exigibles, dès avant le jugement déclaratif (dont l'exigibilité, du fait de leur entrée en compte s'est trouvée reportée à la clôture du compte) et articles de débit correspondant à des dettes non exigibles devenues exigibles du fait de la déclaration de faillite (art. 444) viennent s'absorber dans le solde. Tous sans distinction concourent à son établissement avec les articles de crédit. Il est impossible de donner à nouveau son individualité à la dette à terme (application de la règle de la novation) et de l'extraire du compte (application de la règle de l'indivisibilité). Le résultat vaut que l'on s'y arrête : les créances non exigibles du correspondant du failli viennent en déduction de ses dettes. La balance du compte *équivaut à une compensation* (2) entre des créances et des dettes dont ni les unes, ni les autres n'étaient exigibles avant

(2) Sur les rapports de la compensation et du compte courant, cf. *supra*, page 259.

le jugement déclaratif de faillite. La solution est de nature à profiter particulièrement au banquier. Celui-ci pourra en effet déduire des dettes dont il est redevable envers le failli la créance en remboursement née d'une somme qu'il lui a avancée à la suite d'un crédit consenti sous forme de découvert par exemple, bien que l'exigibilité de la créance ne fût pas encore arrivée au jour de la déclaration de faillite (3).

b) *La contre-passation au cas où le solde du compte est créditeur au profit du failli avant contre-passation.*

C'est également l'interdiction de toute compensation après faillite que contredit la contre-passation par le banquier des effets de commerce impayés remis à l'escompte par le commerçant et échus postérieurement à la déclaration de faillite, au cas où le solde du compte courant était créditeur au profit du failli avant contre-passation.

On rappelera d'abord brièvement l'objet et la définition de la contre-passation. La contre-passation est étroitement liée à l'escompte des effets de commerce opéré en compte courant par les banquiers (4). Elle en est, avec la règle de l'article 449 et la théorie des co-obligés (article 542) une nouvelle garantie. De droit commun, au cas de faillite du cédant, le cessionnaire d'une créance non payée à l'échéance par le débiteur cédé n'a que la ressource d'exercer un recours en garantie contre la faillite du cédant, mais cette poursuite ne lui procurera qu'un dividende. Bien plus favorable est la situation du porteur d'un effet de commerce à lui remis en compte courant au cas où, le remettant étant par ailleurs tombé en faillite, le tiré n'en effectue pas le paiement à l'échéance. Les usages commerciaux veulent que l'inscription portée au crédit du remettant en échange de la remise des effets soit subordonnée à l'encaissement de ceux-ci (5).

Au cas de non-paiement de l'effet par le tiré à l'échéance, le banquier peut s'exonérer de toute perte en « contre-passant », c'est-à-dire, en annulant l'écriture initiale par le moyen d'une écriture en sens inverse. La contre-passation, aux termes d'un arrêt de la Chambre Civile du 22 juillet 1942,

(3) HAMEL, tome II, n° 1.101.
(4) HAMEL, *Rapport à la Soc. d'Etudes Législ.* Bull. 1935, page 166.
(5) A titre d'exemple, Civ. Rej. 16 nov. 1937, S. 38.I.294.

est « le report au débit du compte du crédité du montant des effets portés à son crédit et non payés à l'échéance » (6). Elle est suggérée par le bon sens et l'équité. En effet, la faillite du remettant a entraîné la clôture du compte courant et la détermination du solde. Or, le solde a été établi en faisant figurer au crédit la valeur des effets. Au cas de non-paiement des effets et en l'absence de contre-passation, si ce solde est créditeur au profit du client, le banquier devrait verser à la faillite plus qu'il n'a effectivement reçu. Si le solde est débiteur à la charge du failli, le banquier ne pourrait produire que pour une somme inférieure à celle qu'il a effectivement versée (7). Dans les deux cas, le droit commun ne laisse au banquier que la ressource de produire à la faillite pour le montant des effets ; il n'en toucherait qu'un dividende.

On se placera actuellement uniquement dans l'hypothèse où le solde du compte courant était créditeur au profit du failli au jour de la déclaration de faillite avant contre-passation.

L'intérêt immédiat de la contre-passation est certain pour le banquier lorsque le solde du compte, créditeur au profit du failli avant contre-passation, est resté créditeur après contre-passation (8) ou lorsque le compte courant, créditeur au profit du failli avant contre-passation, est soldé, après contre-passation, par une balance en équilibre exact.

La contre-passation donne au banquier l'avantage de compenser, malgré la faillite, sa dette résultant du solde et sa créance résultant des effets et ainsi d'être payé de l'intégralité de celle-ci (9).

(6) D. C. 43.J.70.

(7) HAMEL, tome I, page 627.

(8) 1re *hypothèse : avant contrepassation.*

Débit du client	Crédit du client	
20	300	
	80	(effets en souffrance)
20	380	
Solde	360	

2e *hypothèses : après contrepassation.*

Débit du client	Crédit du client
20	300
(effets contrepassés) 80	80
100	380
Solde	280

(9) En conséquence, le banquier remettra les effets au syndic.

L'intérêt de la contre-passation pour le banquier demeure encore lorsque le solde du compte, créditeur au profit du failli avant contre-passation, est devenu débiteur après contre-passation. Dans ce cas, la dette du banquier résultant du solde entre partiellement en compensation avec la créance résultant des effets (10).

Au point de vue des résultats d'ailleurs, la contre-passation, dans l'hypothèse envisagée, n'est en défaut au regard de la règle de l'égalité qu'au seul cas où le dividende touché des coobligés et le dividende touché dans la faillite du remettant, au cas où il n'y aurait pas eu contre-passation, sont inférieurs au montant total de l'effet, car, alors, la contre-passation opère comme si ces deux dividendes eussent été égaux au montant total de l'effet (11). La différence entre le montant réel de l'effet et le total des dividendes que le banquier eût effectivement encaissés en l'absence de contre-passation va à ce dernier au détriment de l'ensemble des créanciers du failli.

(10) 1re *hypothèse : avant contre-passation.*

Débit du client	Crédit du client	
160	100	
	80	(effets en souffrance)
160	180	
Solde	20	

2e *hypothèse : après contre-passation.*

Débit du client	Crédit du client	
160	100	
(effets contrepassés) 80	80	
240	180	
Solde	60	

(11)

Débit du client	Crédit du client	
20	300	
	80	(effets en souffrance)
20	380	
Solde	360	

On supposera que le dividende touché des coobligés est équivalent à 40 %, soit 32.000 fr. et le dividende touché de la faillite de 50 %, soit 40.000 fr.

En l'absence de contre-passation, le banquier verse 360.000 fr. à la masse; il récupère tant sur celle-ci que sur les coobligés : 72.000 fr. ; il a décaissé en réalité 280.000 fr. Si le banquier contrepasse, il n'aura à décaisser que 280.000 fr. En effet :

20	300	
(effets contrepassés) 80	80	
100	380	
Solde	280	

En droit néanmoins, et dans tous les cas, la contre-passation, lorsque le solde du compte était créditeur au profit du failli avant contre-passation, se heurte à d'insurmontables objections. En même temps qu'elle contredit les effets normaux du dessaisissement qui interdisent toute compensation après la déclaration de faillite, la contre-passation opère en contravention à la règle d'après laquelle la déclaration de faillite entraîne la clôture immédiate et irrévocable du compte courant. Il y a plus ; la contre-passation est une dérogation à la règle de l'effet novatoire. Il faut bien en effet que l'article de crédit n'ait pas perdu tout lien avec la créance dont il est né du fait de la remise des effets, pour que le non-paiement de ceux-ci permette d'annuler le crédit inscrit au moment de la remise. Par surcroît, la contre-passation, dans l'hypothèse envisagée, est une atteinte à la règle de l'indivisibilité. En dépit de la règle d'après laquelle les divers articles de compte sont indépendants les uns des autres, la contre-passation aboutit en effet à imputer sur les remises résultant des effets et figurant au crédit les remises résultant de la contre-passation et qui figurent au débit du compte.

Malgré l'accumulation des objections, seules, en définitive, des raisons tirées des nécessités du crédit peuvent justifier le maintien de la contre-passation dans l'hypothèse envisagée : elle favorise l'escompte. Au cas en effet où le compte est à « découvert unilatéral », le banquier escomptera d'autant plus libéralement les effets qui lui seront présentés qu'il sait qu'au cas de faillite du remettant et de défaillance du tiré, aucune perte ne sera en définitive supportée par lui.

2e catégorie de dérogations : dérogations à la règlementation des nullités de la période suspecte.

Alors qu'ils rejetaient la règle de l'indivisibilité au cas de contre-passation, les banquiers l'invoquaient parce qu'elle leur était favorable dans deux hypothèses à l'occasion de l'application de l'article 446 au compte courant. La jurisprudence, qui pendant longtemps avait consacré leurs prétentions, a adopté récemment une attitude plus conforme à l'égalité entre les créanciers.

a) *Non-assimilation des remises à des paiements anticipés du solde.*

En premier lieu, la jurisprudence soustrayait les remises faites par le failli pendant la période suspecte à l'application de l'alinéa 3 de l'article 446, qui annule les paiements anticipés de dettes non échues et les dations en paiements de dettes échues. Les banquiers soutenaient en effet qu'en vertu de la règle de l'indivisibilité il était impossible d'extraire une remise du compte et de considérer isolément l'opération effectuée. Par ailleurs, les divers articles du compte étant indépendants les uns et les autres, les remises d'espèces ou d'effets de commerce ne pouvaient être considérées comme des paiements anticipés du solde du compte et les remises en marchandises comme une dation en paiement de marchandises doublée d'un paiement anticipé (12).

Le caractère artificiel de l'argumentation des banquiers apparaît tout de suite. Les banquiers n'ont jamais prétendu en effet que les remises effectuées pendant la période suspecte fussent de nature à échapper à l'application de l'article 447 du Code de Commerce (13) en tant qu'opération sui generis à titre onéreux. Or, pour leur appliquer l'article 447, force était bien au juge d'extraire l'article du compte.

b) *Validité des sûretés constituées en garantie du paiement du solde du compte.*

En second lieu et en vertu d'une application très stricte de la règle de l'indivisibilité, la jurisprudence admettait que l'on ne pouvait rechercher si les sûretés consenties pendant la période suspecte en garantie du solde futur du compte courant tombaient sous le coup de l'alinéa 4 de l'article 446 qui déclare nulles les sûretés réelles constituées sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. La raison en était simple : l'indivisibilité du compte rendant impossible d'arrêter celui-ci pendant son fonctionnement, il n'existait avant la

(12) HAMEL, tome I, n° 395 ; jurisprudence constante : Civ. 10 mai 1865, D. 65.I.230 ; Req. 22 fév. 1932, G. P. 32.I.833.

(13) HAMEL, tome I, n° 396 ; à la vérité, la jurisprudence semble n'avoir eu l'occasion de poser le principe de l'application de l'art. 447 qu'à une époque récente. Req. 18 mars 1935, S. 35.I.174 ; Req. 7 juillet 1941, *Journal du droit des faillites*, répertoire 1936-1946, page 8.

clôture du compte ni créance ni dette et, par conséquent, pas de dette antérieure à la constitution de la garantie (14).

Au total, rejet de l'application de l'article 446 aux remises et à l'hypothèque constituée pendant la période suspecte en garantie du solde de compte courant, possibilité d'une quasi-compensation après la déclaration de faillite, telles étaient les exceptions à la règle de l'égalité créées par la coutume commerciale lorsqu'elle joue à titre exclusif.

107. — Evolution de la jurisprudence.

Jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence avait maintenu fermement les exceptions que l'on vient de présenter. Devant deux d'entre elles, les syndics se sont inclinés. La jurisprudence récente n'offre pas en effet d'exemples de litiges au cours desquels un syndic ait critiqué la quasi-compensation résultant de la balance du compte à sa clôture ou la contre-passation au cas où le solde du compte était créditeur au profit du failli au jour de la déclaration de faillite.

Les syndics, en revanche, ont combattu les deux autres exceptions à la loi de l'égalité et qui consistaient dans la non-application de l'article 446 aux remises inscrites au compte courant et aux hypothèques constituées en garantie du solde futur d'un compte courant déjà existant. La Cour de Cassation, par des arrêts récents, a pris en considération les critiques adressées par les syndics. Sa jurisprudence s'insère dans un mouvement jurisprudentiel de plus vaste amplitude qui consacre « le recul du principe de l'indivisibilité » (1). La règle de l'indivisibilité ne saurait justifier la méconnaissance du principe de l'égalité.

Par un arrêt du 1er avril 1935 (2), la Cour de Cassation a jugé l'article 446 applicable aux sûretés consenties pendant la période suspecte en garantie du solde futur d'un compte

(14) HAMEL, tome I, n° 397 ; Civ. 29 déc. 1880, D. P. 81.I.54.

107. — (1) C'est le titre d'un article de M. PIRET, R. G. D. C. 1939.611 ; cf. également CABRILLAC, note au J. C. P. 1947.II.4012 sous Cass. 31 juil. 1947.

(2) Civ. 1er avr. 1935, D. 36.I.33, note HAMEL ; rapp. Civ. 21 juillet 1931, D. 32.I.49, note HAMEL ; Req. 25 fév. 1941, G. P. 41.I.217 ; Cass. civ. 31 juillet 1947, G. P. 3 déc. 1947, J. C. P. 1947.II.4012, note CABRILLAC.

courant en cours de fonctionnement (3) et, hormis un seul arrêt (4), sa jurisprudence ne s'est pas démentie depuis (5). La Cour de Cassation, renonçant à consacrer la règle de la continuité absolue du compte, a jugé que la validité de l'hypothèque dépendait de la position du compte au moment de la constitution de la sûreté. Si la balance du compte est à cette date débitrice à la charge du commerçant et si le compte a cessé de fonctionner postérieurement à la constitution de la sûreté, l'hypothèque est nulle comme constituée en garantie d'une dette antérieurement contractée. C'était l'hypothèse d'un arrêt de 1936 (6) et la même solution doit être adoptée si le compte, ayant continué à fonctionner, le solde final est inférieur au solde provisoire (7).

Toutefois, il résulte d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 21 juillet 1937 (8) que si le solde final du compte est supérieur au solde provisoire, l'hypothèque nulle de droit jusqu'à concurrence du montant du solde provisoire sera opposable à la masse pour le surplus, sauf application de l'article 447 (9). Cette solution ne serait cependant certaine que « si à aucun moment — ainsi qu'il résulte des motifs d'un arrêt du 1er octobre 1940 — une interversion de la situation des parties ne s'est produite » (10).

A s'en tenir aux motifs de l'arrêt, et en l'absence de décision expresse de la Cour de Cassation, il semblerait donc qu'au cas où la position débitrice du futur failli au moment de la constitution de la sûreté serait devenue créditrice au cours du fonctionnement du compte pour redevenir débitrice lors de sa clôture, l'interversion survenue dans la position

(3) Sur la question étudiée au texte, voir HAMEL, tome II, n° 995.

(4) Req. 4 juil. 1939, R. G. D. C. 1940.48.

(5) Cf. notes 8, 9 et 10 ci-après.

(6) Sic. Req. 30 mars 1936, G. P. 36.I.893 ; Paris, 24 juil. 1941, G. P. 41.II.215.

(7) Civ. 1er oct. 1940, D. C. 42.J.93, note HAMEL.

(8) R. F. 1938.29 Req. 2 mars 1938, D. H. 38.340 ; Civ. 15 janv. 1940, D. C. 42.J.93 ; Caen 14 mai 1936, D. H. 36.501.

(9) C'est en ce sens qu'a été rédigé l'article 12 *in fine* du second projet sur le compte courant élaboré en 1944-1945 par la Société d'Etudes Législatives.

(10) Civ. 1er oct. 1940, 15 janv. 1940, précités ; Req. 25 fév. 1941, G. P. 41.I.217 ; Agen, 27 juil. 1936, J. F. 38.51, D. H. 36.513.

des parties ayant éteint la créance du banquier aurait rendu inefficace la sûreté qui la garantissait (11).

Cette solution, si elle était adoptée, serait le contre-pied de la solution de la jurisprudence antérieure à 1935 ; elle serait, non plus un recul, mais un abandon du principe d'indivisibilité. Semblable solution serait manifestement exagérée : les fluctuations du compte doivent être sans influence sur la sûreté en tant qu'elle garantit l'excédent du solde final sur le solde provisoire.

Hormis sur ce dernier point qui ne lui a pas été soumis, on signalera avec intérêt que la jurisprudence des Cours d'Appel belges a suivi la même évolution que la jurisprudence française (12).

En Italie, la question qui vient d'être examinée ne semble pas s'être posée.

Moins absolu est le revirement de la jurisprudence de la Cour de Cassation en ce qui concerne l'application de l'article 446 aux remises opérées pendant la période suspecte. Elle maintient le principe que la remise ne peut être considérée comme un paiement anticipé ; mais, par un arrêt du 15 juillet 1936 (13), elle a subordonné cette analyse de la remise à la condition que « l'inscription soit la constatation sincère d'une remise véritable faite loyalement dans le cadre des prévisions du contrat initial du compte courant ». L'article 446 s'appliquera, en conséquence — et, contrairement à la règle de l'indivisibilité, la remise sera considérée comme un paiement anticipé et pourra être extraite du compte — lorsque « dépourvue de toute cause régulière, la remise n'a été qu'un simple artifice destiné à permettre à la partie qui en a provoqué l'inscription pendant la période suspecte de se procurer une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers chirographaires ». Dans l'espèce de l'arrêt précité, le titulaire d'un compte créditeur, craignant la faillite de la banque, s'était concerté avec le titulaire du compte débiteur et avait viré au compte de ce dernier les sommes figurant à son propre compte (14).

(11) HAMEL, note au D. 42.J.93.
(12) PIRET : *Le recul du principe de l'indivisibilité*, R. G. D. C. 1939.617
(13) Civ. S. 37.I.43, et sur renvoi Amiens, 7 déc. 1937, S. 38.II.38.
(14) La remise inscrite au crédit du compte du client donneur d'ordre

SECTION III

LA PROTECTION DU BANQUIER PAR LES EFFETS CONJUGUÉS DE LA COUTUME COMMERCIALE ET DE LA LOI

108. — La contre-passation des effets échus au cas où le solde du compte est débiteur à la charge du failli avant contre-passation. — Arguments invoqués pour la justifier.

Les exceptions légales à la règle de l'égalité, nées de la prédominance du droit du change sur le droit de la faillite et les exceptions coutumières nées de l'application des règles du compte courant ont un tel pouvoir d'expansion que leur combinaison aboutit à l'éclosion au profit du banquier de nouveaux avantages. La contre-passation des effets de commerce en est l'occasion lorsque le solde du compte courant était débiteur à la charge du client avant la contre-passation.

Lorsque le solde du compte courant était débiteur à la charge du failli avant la contre-passation et l'est, évidemment, resté après contre-passation, l'intérêt de la contre-passation ne réside plus dans une possibilité de quasi-compensation malgré la déclaration de faillite, comme au cas où le solde de compte était créditeur au profit du failli avant contre-passation. L'intérêt de la contre-passation paraît même inexistant au premier abord. Si le banquier ne contre-passe pas en effet, il produira à la faillite du remettant pour le montant du solde du compte et pour le montant des effets (1). Si le banquier

à la suite du virement opéré par le banquier a été analysée comme un paiement anticipé par le banquier du solde du compte débiteur à sa charge. Sur l'exactitude de cette solution : conf. HAMEL, tome II, n° 841.

108. — (1) *Avant contre-passation :*

	Débit		Crédit
	300		20
		(effets en souffrance)	80
	300		100
Solde	200		

Après contre-passation :

	Débit		Crédit
	300		20
(effets contrepassés)	80		80
	380		100
Solde	280		

contre-passe, il produira à la faillite du remettant pour le montant du solde grossi du montant des effets. De toute manière, le banquier produit à la faillite pour la même somme.

Et cependant, la contre-passation va faire bénéficier le banquier d'un avantage certain. Pour le montrer, on raisonnera comme suit :

La contre-passation s'analyse en un mode d'exercice des recours cambiaires (2). Or, si, après contre-passation, le solde du compte est débiteur à la charge du failli, la preuve est faite que le recours exercé par le banquier s'est avéré inefficace ; le banquier n'a pas été payé du montant des effets (hypothèse où le solde était déjà débiteur à la charge du failli avant la contre-passation) ou n'en a été payé que partiellement (hypothèse où le solde était créditeur au profit du failli avant la contre-passation) (3). Puisque, non payé, le banquier à qui la propriété des effets a été transférée à la suite de l'escompte (4), peut conserver les effets. L'exercice inefficace d'un recours en garantie né de la propriété de l'effet laisse subsister la propriété de l'effet au porteur (5). Celui-ci peut, en conséquence, recourir contre les autres signataires de l'effet par application de la théorie des coobligés. Deux hypothèses doivent alors être distinguées.

Au cas où le total des sommes fournies à la suite des recours contre les coobligés et à la suite du recours qu'il aurait exercé contre la faillite s'il n'y avait pas eu contre-passation, est inférieur au montant des effets, la contre-passation ne produit aucune conséquence propre (6) : elle est inutile.

Différente est la situation lorsque le total des sommes fournies à la suite des recours contre les co-obligés et à la

(2) HAMEL, tome I, page 633 ; Art. 15 du projet de la Société d'Etudes Législatives sur le compte courant ; Cass. 27 janv. 1941 et 7 juil. 1942, B. C. 43.I.70.

(3) HAMEL, tome I, page 661.

(4) L'escompte est une cession de créances : HAMEL, tome II, n° 1038.

(5) GABOLDE, J. C. P. 43.I.355 (éd. CI).

(6) Ex. emprunté à M. DIERYCK : *Les ouvertures de crédit*, pages 235 et 236.

Débit	Crédit
100.000	80.000 (effets en souffrance)
Solde..... 20.000	

On supposera que les recours contre les co-obligés produisent 40 % du montant des effets et que le dividende fourni par la faillite est de 50 %

suite des recours qu'il aurait exercés contre la faillite s'il n'y avait pas eu contre-passation est supérieur au montant des effets ; la contre-passation produit alors des conséquences propres (7). C'est en fonction de cette seule hypothèse que nous présenterons nos explications à venir.

Du fait de la contre-passation en effet, le banquier touche plus que le dividende normal, relativement aux avances qu'il a faites au failli, à la suite d'un découvert qu'il lui avait consenti par exemple, et qui sont étrangères aux effets de commerce que seule, cependant, la contre-passation

1re *hypothèse : le banquier ne contre-passe pas :*

— Sommes reçues à la suite des recours contre les signataires ..... 80.000 à 40 % : 32.000

— Dividendes touchés à raison de la production pour le montant des effets dans la faillite du remettant ..... 80.000 à 50 % : 40.000

— Dividendes touchés à raison de la production pour le montant du solde ..... 20.000 à 50 % : 10.000

Au total..... 82.000

2e *hypothèse : le banquier contre-passe :*

Débit	Crédit
100.000	80.000
80.000	
180.000	80.000
Solde..... 100.000	

— Sommes perçues à la suite des recours contre les signataires ..... 80.000 à 40 % : 32.000

— Dividendes touchés à la suite de la production pour le montant du solde ..... 100.000 à 50 % : 50.000

Au total..... 82.000

Que le banquier contre-passe ou ne contre-passe pas, il touche une même somme.

(7) Exemple emprunté à M. DIERYCK (*op. cit.*), pages 235 et 236.

Débit	Crédit
100.000	80.000 (effets en souffrance)
Solde..... 20.000	

On supposera que les recours cambiaires produisent 80 %, et que le dividende de la faillite atteint 30 %.

1re *hypothèse : le banquier ne contre-passe pas :*

— Sommes perçues à la suite des recours contre les signataires ..... 80.000 à 80 % : 64.000

— Dividendes touchés à raison de la production pour le montant du solde ..... 20.000 à 30 % : 6.000

— Dividendes touchés à raison de la production pour le montant des effets dans la faillite du remettant : 80.000 à 30 % soit 24.000. Le banquier ne pourra toucher intégralement cette somme, sinon il percevrait plus que le

concerne (8 et 9). Voilà en quoi la contre-passation porte atteinte à la règle de l'égalité. L'infraction à la règle de l'égalité résulte de ce que le banquier qui, relativement aux effets, toucherait, s'il n'y avait pas contre-passation, plus que leur montant, du fait des dividendes touchés de la faillite et des sommes encaissées des coobligés (c'est l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placé) et devrait restituer ce surplus, conserve celui-ci au cas de contre-passation et le cumule avec les dividendes reçus de la faillite relativement aux avances étrangères aux effets (10). La contre-passation augmente artificiellement le chiffre du débit du solde : celui-ci, étant donné les sommes encaissées d'autre part des coobligés, se trouve être supérieur au débit réel et le banquier produit en définitive pour une somme supérieure à celle que le failli lui doit en réalité. Une jurisprudence constante de la Cour de Cassation admet cependant la contre-passation dans cette hypothèse depuis 1888 (11).

Le jeu concurrent de la théorie des coobligés et de la règle

montant des effets (64.000 + 24.000 = 88.000).
Il ne touchera que le reliquat qui lui reste dû sur le montant des effets, soit :
80.000 — 64.000 = ... 16.000

Au total..... 86.000

2e *hypothèse : le banquier contre-passe :*

Débit	Crédit
100.000	80.000
80.000	
180.000	80.000
Solde..... 100.000	

— Sommes perçues à la suite des recours contre les signataires ..... 80.000 à 80 % : 64.000
— Dividende touché à la suite de la production pour le montant du solde ..... 100.000 à 30 % : 30.000

Au total..... 94.000

S'il contre-passe, le banquier touche 8.000 francs de plus que s'il n'avait pas contrepassé.

(8) HAMEL, tome I, 654 et 664.

(9) Dans l'exemple cité *supra* note 7, le banquier touche 6.000 fr. sur les 20.000 composant ce solde, au cas où il ne contre-passe pas ; il en touche 14.000 s'il contre-passe (8.000 ajoutés aux 6.000).

(10) En aucun cas, cependant, le banquier qui contre-passe ne peut toucher des signataires et de la faillite du remettant une somme supérieure au montant du solde de son compte après contre-passation ; l'excédent profitera à la masse.

(11) Civ. 19 nov. 1888, D. 89.I.409 ; 14 oct. 1940, 27 janv. 1941, 7 juil. 1942 (motifs), D. C. 1943.J.70.

de l'indivisibilité du compte courant expliquerait le résultat atteint. L'application cependant de la théorie des coobligés soulevait difficulté. La dette du failli envers le banquier résultant du solde du compte après contre-passation et la dette des coobligés à la suite de la défaillance du tiré ne sont point solidaires : normalement en effet en vertu de la règle de l'effet novatoire, la solidarité qui affectait la dette du remettant envers le banquier résultant du non-paiement de l'effet par le tiré s'est éteinte lors de la passation en compte de celle-ci. Pour pallier cette difficulté, on a admis, en vertu d'une fiction (12) ou, plus simplement, d'une atténuation à la règle de l'effet novatoire, que la solidarité qui affectait la dette cambiaire du remettant se trouvait reportée sur le débit du solde. L'article 542 pouvait alors recevoir application ; le banquier pouvait produire à la faillite du remettant pour le montant intégral du solde du compte après contre-passation sans avoir à rendre compte en aucune manière des acomptes qu'il aurait touchés des coobligés.

Concurremment avec la théorie des coobligés, interviendrait également la règle de l'indivisibilité. Par application de cette règle (13), il ne serait pas possible de rechercher dans le solde du compte les modifications entraînées par la contre-passation relativement à la position antérieure du compte. La créance cambiaire du banquier se serait fondue dans la créance du solde telle qu'elle a été déterminée par la clôture du compte : la créance du solde est une créance autonome indépendante de la créance cambiaire qui a contribué à la former. On ne pourrait opérer en elle une ventilation et rechercher jusqu'à concurrence de quelle somme elle représente le montant des effets contre-passés pour limiter à cette somme — par application même de la théorie des obligés — ce que le banquier peut toucher au titre des effets. En vertu d'ailleurs de la règle de la novation, la remise inscrite à la suite de la contre-passation a perdu son individualité.

(12) HAMEL, tome I, p. 662, n° 427 *in fine*.
(13) GABOLDE, *Contre-passation et indivisibilité en matière de compte courant*. J. C. P. 1943.I.355, ed. CI.

109. — Critique.

Les conséquences auxquelles aboutit la contre-passation au cas où le solde du compte courant est débiteur après contre-passation soulève depuis longtemps les protestations des syndics. Grâce à la contre-passation, le banquier — cependant simple créancier chirographaire — est en fait intégralement payé de sa créance au détriment des autres créanciers chirographaires du failli.

Contre la contre-passation des effets échus, on a fait valoir des objections nombreuses ; nous ne les reprendrons pas ici.

Nous souvenant que le Droit Commercial part des faits, nous nous placerons sur le terrain des faits. Nous confronterons les solutions de la jurisprudence de la Cour de Cassation relativement à la contre-passation des effets non échus et à la clause de contre-passation des effets non échus avec les solutions de la jurisprudence relative à la contre-passation des effets échus. Le parallèle sera particulièrement suggestif ; il manifestera les contradictions auxquelles aboutit la jurisprudence qui condamne, au cas de contre-passation des effets non échus le résultat qu'elle admet au cas d'effets échus, et qui en définitive fait prédominer, au premier cas, le principe de l'égalité qu'elle écarte au second cas.

Insatisfaits en effet des avantages que leur offrait la contre-passation au cas de non-paiement des effets à l'échéance et enhardis par leurs premiers succès, les banquiers avaient en effet émis la prétention de faire fonctionner le mécanisme de la contre-passation dès avant l'échéance des effets, au jour de la déclaration de faillite du remettant. Ils avaient étayé leurs prétentions sur l'article 444 du code de commerce d'après lequel la faillite rend exigible les dettes du failli et soutenu que le remettant est débiteur à terme, comme signataire de l'effet, du montant de l'effet envers le porteur pour le cas où le tiré ne fait pas honneur à sa signature. La faillite, entraînant la déchéance du terme, autoriserait le banquier à réclamer à la faillite du remettant le paiement immédiat de l'effet sans attendre l'échéance de celui-ci. Au demeurant, il est curieux de voir les banquiers se prévaloir des principes de la faillite pour agir contre la masse des créanciers.

Au cas où les effets contre-passés avant leur échéance restaient impayés à l'échéance, la situation du banquier était identiquement la même que celle qui serait résultée de la contre-passation après échéance.

En revanche, au cas où les tiré ou souscripteur faisaient honneur à leur signature à l'échéance, la contre-passation avant l'échéance des effets aurait assuré au banquier un avantage exorbitant. Par application de la règle du non-cumul, il aurait produit à la faillite pour le solde du compte, gonflé du montant des effets contre-passés, et aurait touché par ailleurs sans les imputer sur sa production, les sommes versées par les tiré ou souscripteur. Le résultat est clair. Comme au cas de contre-passation des effets échus, la contre-passation des effets non-échus augmenterait les dividendes touchés relativement aux dettes du failli inscrites en compte et étrangères aux effets, voire même en assurerait le remboursement intégral. Comme la contre-passation des effets échus, la contre-passation des effets non-échus, doublée de la non-imputation des sommes touchées des souscripteur ou tiré, serait, si on l'admettait, la négation du principe de l'égalité (1).

Par trois arrêts rendus les 19, 31 mars, 1er juillet 1930 (2), la Cour de Cassation a fait justice des prétentions des banquiers : elles partaient d'une extension abusive de

109. — (1)

	Débit	Crédit
	100.000	80.000
Solde.....	20.000	

Par hypothèse, les effets sont payés par le tiré à l'échéance ; le banquier touche 80.000 fr.

1re *hypothèse : le banquier n'a pas contre-passé avant l'échéance.*

Si l'on suppose que la faillite du remettant verse un dividende de 20 %, le banquier touchera pour le solde de son compte : 20.000 à 20 % = 6.000 fr.

2e *hypothèse : le banquier a contre-passé avant l'échéance.*

	Débit	Crédit
	100.000	80.000
	80.000	
Solde.....	100.000	

Le banquier qui a touché l'intégralité du montant des effets et qui a produit à la faillite pour 100.000 fr. touchera 20.000 fr. de la faillite qui verse un dividende de 20 % ; l'intégralité de sa créance envers le failli lui aura été payée.

(2) Civ. 19 et 31 mars 1930, D. P. 30.I.119 ; 1er juil. 1930, *Semaine Juridique* 1930, p. 1090.

Cf. également : Civ. 14 oct. 1940, 7 juil. 1942 (motifs), D. C. 43.J.70.

l'article 444 et méconnaissaient la nature de l'opération d'escompte et de l'opération de contre-passation.

La dette du remettant à l'égard du porteur n'est pas une dette à terme. L'escompte en effet ne peut, au point de vue juridique, être considéré comme un prêt dont le remettant serait débiteur ; c'est une cession de créance (3). Le remettant ne peut être recherché que comme débiteur cambiaire. Sa dette envers le porteur est une dette sous condition suspensive : elle n'existera qu'au jour du non-paiement de l'effet à l'échéance. Or, l'article 444 n'est pas applicable aux dettes conditionnelles du failli. La conclusion est double : la contre-passation, mode d'exercice des recours cambiaires, ne peut être effectuée avant que le recours de change ne soit né, c'est-à-dire avant le non-paiement de l'effet à l'échéance (4). Par ailleurs, le banquier ne peut invoquer la règle du non-cumul et la théorie des coobligés puisque celles-ci ne jouent qu'entre codébiteurs solidaires et que la solidarité n'existera entre le tiré et les autres signataires qu'après le non-paiement de l'effet à l'échéance.

L'article 15 alinéa 2 des projets de loi élaborés par la Société d'Etudes Législatives en 1934-1935 et en 1944-1946 maintient la solution de la Cour de Cassation.

En Belgique, la Cour de Cassation, qui, depuis 1887 (5), admettait la contre-passation des effets non échus, s'est rangée, en 1935 (6), aux solutions de la Cour de Cassation française. Plus exactement, elle a abandonné l'interprétation du contrat de compte courant aux juges du fait et ceux-ci rejettent habituellement la contre-passation des effets non échus (7).

Destructrice de l'égalité qui doit régner entre les créanciers, la contre-passation des effets non échus, condamnée en l'absence de toute stipulation expresse, ne pouvait davantage

(3) HAMEL, tome II, n° 1038.

(4) A l'hypothèse du non-paiement par le tiré à l'échéance, il faut ajouter le cas où l'article 147 du code de com. permet au porteur d'exercer son recours contre le tireur sans attendre l'échéance.

(5) Cass. belge, 27 oct. 1887, Pas. 88.I.5.

(6) Cass. belge, 6 juin 1935, Pas. 35.I.273.

(7) Bruxelles, 29 oct. 1932, 10 fév. 1933 ; Gand, 25 nov. 1933 ; Com. Liège, 30 oct. 1936 ; Com. Courtrai, 3 juil. 1937. Sur la question, voir PIRET, *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique en matière de faillite*, R. G. D. C. 1939.215.

être admise lorsqu'elle a été prévue par une clause expresse du contrat de compte courant, eût-elle été convenue alors que le remettant était in bonis (8). La volonté des parties est impuissante en effet à déroger au principe de l'égalité entre les créanciers. Elle vient se briser devant lui.

Les tribunaux de commerce s'étaient d'ailleurs montrés hostiles aux prétentions des banquiers (9), mais une jurisprudence abondante des cours d'appel en avait admis la validité (10) et des auteurs s'y étaient montrés favorables (11). Par deux arrêts des 14 octobre 1940 et 7 juillet 1942 (12), la Chambre Civile de la Cour de Cassation en a admis la validité mais on s'empressera d'ajouter qu'elle lui a enlevé toute efficacité pratique en obligeant le récepteur à imputer sur sa production le montant des encaissements qu'il ferait à l'échéance. Ainsi le principe de l'égalité est sauf, et la Cour de Cassation s'y réfère expressément : « Il ne saurait, lit-on à l'arrêt du 14 octobre 1940 (13), être donné effet à une clause permettant au porteur de comprendre dans sa production un élément de crédit qui serait déjà éteint par paiement à l'échéance et grâce à ce moyen de s'assurer par une sorte de privilège à l'encontre de la masse, des dividendes calculés sur un chiffre de base supérieur à son découvert véritable ».

De sa décision, la Cour de Cassation donne deux motifs distincts. D'une part, la Cour juge « qu'il n'est pas au pouvoir des parties d'étendre les dispositions exceptionnelles des articles 542 et 544 en dehors du cas de solidarité entre

(8) Sur la question, CHAUVEAU, *De la contre-passation des effets de commerce en compte-courant*, R. F. 1939.129 ; BRUN, *La contre-passation des effets de commerce au cas de faillite du remettant*, J. C. P. 1941.I.206 ; NAST, *La jurisprudence et la contre-passation des effets impayés en matière de compte courant*, J. C. P. 1941.I.218 ; GABOLDE, J. C. P. 1943.I.355, ed. CI ; CHÉRON, note au D. C. 43.J.70.

(9) Com. Poitiers, 20 janv. 1936, G. P. 36.I.625 ; Com. Seine, 22 janv. 1936, R. F. 36.236 ; Boulogne-sur-Mer, 3 mars 1936, R. F. 37.250 ; Havre, 7 déc. 1937, R. F. 38.152 ; Nantes, 28 janv. 1935, *Rec. Nantes*, 1932-1935, page 424.

(10) Poitiers, 19 fév. 1934 ; Douai, 11 mai 1934, J. F. 35.32 ; Douai, 19 avr. 1935, J. F. 35.265 ; 21 fév. 1938, R. F. 38.145 ; Rouen, 25 juin 1930, D. H. 31, som. 14 ; Rouen, 27 mai 1938, R. F. 38.600.

(11) Par exemple : GABOLDE, J. C. P. 43.I.355, éd. CI ; note sous Civ 14 oct. 1940, *Rec. Légis. Juris. marocaine*.

(12) D. C. 43.J.70.

(13) On trouve un motif analogue à l'arrêt du 7 juillet 1942.

plusieurs débiteurs tenus de la même obligation ». Et l'on sait que la solidarité entre signataires d'effets de commerce résulte seulement du non-paiement de l'effet à l'échéance. D'autre part, la Cour analyse la clause de contre-passation en une clause de résolution de l'opération d'escompte. Le remettant devient, en conséquence, propriétaire de l'effet et si le banquier récepteur peut, après contre-passation, conserver l'effet, c'est à titre de gage conventionnel : la Cour en déduit que le banquier, dont le gage a été réalisé du fait du paiement à lui fait à l'échéance par le tiré ou le souscripteur, doit, conformément à l'article 548, déduire de sa production à la faillite du remettant la somme en provenant.

Par l'article 13 alinéa 2 in fine, la Société d'Etudes Législatives s'était prononcée, dès 1935, pour la nullité de la clause.

Le but poursuivi par la Cour de Cassation : le respect du principe de l'égalité, en condamnant en fait la contre-passation des effets non échus exercée ou non en vertu d'une stipulation, mérite réflexion. La Cour a entendu interdire aux banquiers de « s'assurer à l'encontre de la masse, des dividendes calculés sur un chiffre de base supérieur à leur découvert véritable » (14). La même condamnation doit atteindre, à raison de la similitude du résultat, la contre-passation des effets échus au cas où le solde du compte courant était débiteur dès avant la contre-passation. Le Droit doit céder devant les nécessités de fait ; une solution, fût-elle juridiquement fondée, mais contraire à ces nécessités, est mauvaise ; il faut en changer.

Des considérations du pure équité renforcent la déduction rationnelle à laquelle nous avons été amené. Il est choquant que la situation avantageuse faite aux banquiers du fait de la contre-passation des effets à leur échéance résulte du simple hasard. Si le tiré paie à l'échéance, le banquier ne pourra contre-passer. En revanche, si, à défaut du paiement à l'échéance par le tiré, le banquier a reçu postérieurement paiement de l'effet soit du tiré lui-même, soit d'un autre signataire de l'effet, il va pouvoir toucher, grâce à la contre-passation qu'il n'aura pas manqué d'effectuer, un dividende supérieur à celui des autres créanciers chirographaires pour le

(14) Civ. 14 oct. 1940, précité.

solde débiteur du compte tel qu'il était apparu avant la contre-passation. On n'est pas loin de penser, dans ces conditions, que le banquier souhaite la défaillance du tiré. On peut enfin faire grief aux banquiers de manquer de logique. Puisque l'on admet que la déclaration de faillite n'entraîne pas la clôture définitive du compte et que le non-encaissement des effets à l'échéance autorise l'inscription au débit du montant des effets, on devrait admettre que les sommes encaissées postérieurement à l'échéance feront l'objet d'une inscription correspondante au crédit du compte qui annulerait à due concurrence la contre-passation. Les banquiers qui, au cas où le solde du compte-courant était créditeur au profit du failli après contre-passation, n'hésitaient pas à méconnaître la règle de l'indivisibilité (15), ne devraient par l'invoquer davantage au cas où le solde du compte est débiteur à la charge du failli après contre-passation.

110. — Solutions possibles. Le système du gage.

Ces considérations ont rallié un certain nombre de juridictions (1). Les Cours d'Appel d'Angers, de Rennes, de Bordeaux, de Besançon, d'Aix, de Toulouse, ont dénié aux banquiers le droit d'utiliser la contre-passation des effets échus au mépris du principe de l'égalité entre les créanciers dans la faillite. Les motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 octobre 1940, rendu en matière de clause de contre-passation d'effets non échus, avaient permis d'entrevoir la possibilité d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de Cassation au cas de contre-passation d'effets non échus (2). Cette prévision cependant n'a pas été confirmée (3). La jurispru-

(15) Cf. *supra* p. 300.

110. — (1) Douai, 5 mars 1931, G. P. 31.I.801, cassé par Civ. 28 juil. 1937, D. 39.I.10 ; jurisprudence contraire de la même Cour, 29 juin 1933, G. P. 33.II.775 ; Angers, 16 mars 1932, cassé par Civ. 18 mai 1937, S. 37.I.256 ; Rennes, 1er mars 1933, D. 33.II.121, cassé par Civ. 21 déc. 1937, S. 39.I.12 ; Toulouse, 17 janv. 1933, cassé par Civ. 3 avr. 1939, S. 39.I.165 ; Lyon 10 mars 1935, Moniteur Jud. Lyon, 25 août 1936 ; jurisprudence contraire de la même Cour, 19 oct. 1938, R. F. 39.184 ; Besançon, 2 mars 1935, D. H. 35.258 ; Aix, 16 déc. 1936, J. C. P. 1937.311 ; Bordeaux, 24 oct. 1938, R. F. 38.615, cassé par Civ. 22 juil. 1942, D. C. 43.J.70 ; jurisprudence contraire : arrêt du 28 juillet 1941, G. P. 26 oct. 1941. Contra : Agen, 23 janv. 1935, confirmé par Civ. 27 janv. 1941, D. C. 43.J.70.

(2) Nast, J. C. P. 41.I.218 ; Chéron, D. C. 43.J.70.

(3) Les arrêts des 27 janv. 1941, D. C. 43.J.70, 7 août 1941, G. P.

dence belge des Cours et Tribunaux que la Cour de Cassation renonce à censurer semble s'orienter dans le même sens (4) que les Cours d'Appel françaises.

Dans le système de la plupart de ces juridictions, naguère présenté par Thaller, la contre-passation aurait pour conséquence d'entraîner la résolution de l'inscription des effets au crédit du remettant et la résolution de l'opération d'escompte. La propriété des effets transmise au banquier à la suite de l'opération d'escompte ferait retour au remettant, mais le banquier en conserverait la possession en qualité de gagiste : les articles 546 et suivants du code de commerce lui seraient applicables ; il devrait, en conséquence, imputer sur le solde du compte les paiements reçus des coobligés.

Il resterait à expliquer comment s'est effectuée l'interversion du titre du banquier. A défaut de convention expresse, l'interprétation de la volonté des parties fournirait cette explication ; le remettant serait censé avoir convenu de laisser à titre de gage au banquier l'effet dont celui-ci aurait perdu la propriété du fait de la contre-passation. Mais la justification tirée de la volonté des parties est en réalité inexistante : les conventions tacites sont, le plus souvent, divinatoires.

Sur le terrain des faits, l'application de la théorie du gage ne conduit pas à des résultats pratiques satisfaisants. Si, par application du principe de l'égalité, le banquier ne doit pas toucher plus que ce qui lui est dû au titre de porteur de l'effet et de créancier du solde tel qu'il se présentait avant la contre-passation de l'effet, il ne doit pas non plus toucher une somme inférieure. Or, c'est à ce résultat qu'aboutit la théorie du gage du fait de l'imputation sur le solde du compte, tel qu'il est établi après contre-passation, des paiements reçus des coobligés (5), au moins dans l'hypothèse où les sommes recouvrées des coobligés sont inférieures au montant des effets.

41.II.280, 7 juil. 1942, D. C. 43.J.70, ont maintenu la règle que les paiements reçus des coobligés étaient sans influence sur la production du banquier.

(4) DIERYCK, *op. cit.* p. 244 et les arrêts cités note 3.

(5) Ex. emprunté à DIERICK, *op. cit.* p. 235.

DÉBIT	CRÉDIT
100.000	80.000 (effets en souffrance).
Solde... 20.000	

On suppose que les recours cambiaires produisent 80 % et que le divi-

111. — Système proposé.

Plutôt que de chercher à substituer au système de la Cour de Cassation un nouveau système, il est d'une meilleure méthode de combattre les banquiers sur le terrain même sur lequel ils ont placé le débat et de rechercher si la règle de l'indivisibilité est si inflexible qu'elle doive nécessairement conduire à la solution dont les banquiers se prévalent car c'est bien d'elle qu'il s'agit puisque, lorsque les banquiers ne pouvaient l'invoquer au cas de contre-passation des effets non échus, la Cour de Cassation a rejeté leurs prétentions.

L'utilisation par les banquiers, au détriment des tiers, de la règle de l'indivisibilité, pour être logique, n'en est pas moins abusive ; elle détourne la règle de sa fonction première. L'indivisibilité est la traduction dans le domaine du droit, la systématisation sur le plan économique des relations réciproques des parties au compte courant ; elle est une notion maîtresse dans les rapports des parties ; elle a pour conséquence d'empêcher l'une des parties d'extraire du compte un article déterminé inscrit à son crédit, pour en réclamer le paiement à l'autre ; elle empêche en outre une compensation des articles entre eux pendant le fonctionnement même du compte. Il ne saurait, en conséquence, être question de rejeter la règle de l'indivisibilité (1). En aucun cas cependant, la règle de l'indivisibilité ne doit être utilisée pour faire fraude aux droits des tiers, et, notamment, au mépris du principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires. A ce point de

dende de la faillite atteigne 30 %.

Première hypothèse : Le banquier contre-passe (application de la théorie du gage) :

DÉBIT	CRÉDIT
100.000	80.000
80.000	
Solde..... 20.000	

— Produits des recours cambiaires : 80.000 à 80 %..... 64.000

— Dividende de la faillite :

100.000 — 64.000 = 36.000 à 30 %..... 10.800

Au total.... 74.800

Deuxième hypothèse : Le banquier ne contre-passe pas ; il touche 86.000 francs.

Cf. exemple cité *supra*, note 7, page 307, première hypothèse.

111. — (1) HAMEL, note D. C. 42.J.93.

vue et suivant un attendu d'un arrêt de la Cour de Caen du 14 mai 1936 (2), « le compte courant n'est pas indivisible au regard de la faillite ».

Entraînée par la doctrine, la jurisprudence a consacré un recul de principe de l'indivisibilité et tend — sans y être encore parvenue pleinement — à ramener son domaine dans des limites plus justifiées. Pour rester dans le domaine des rapports du compte courant et de la faillite, qu'il suffise de rappeler la jurisprudence relative à l'application de l'article 446 aux remises effectuées pendant la période suspecte et aux sûretés consenties pendant la même période en garantie du solde éventuel du compte au cours du fonctionnement (3). Le souci de voir respecter le principe de l'égalité a conduit M. Gabolde (4) à suggérer à la jurisprudence d'apporter une nouvelle atténuation à la règle de l'indivisibilité.

Pour rétablir l'égalité entre les créanciers, il conviendrait en effet de soustraire du solde du compte, tel qu'il est établi après contre-passation, le montant intégral des effets contre-passés, en dépit de la règle d'après laquelle la créance du solde constitue une créance entièrement nouvelle, mieux encore d' « imputer sur les remises résultant de la contre-passation les remises (5) qui figureront au débit du compte du fait des encaissements provenant des cosignataires » (6), en dépit de la règle d'après laquelle les divers articles du compte sont indépendants les uns des autres (7).

(2) D. H. 36.501.

(3) *Supra*, p. 302 et s.

(4) J. C. P. 1943.II.355, éd. CI.

(5) Le chiffre de ces remises correspondra au montant intégral de l'effet. Nous nous sommes placés en effet dans l'hypothèse (*supra*, p. 306), où le total des sommes fournies à la suite des recours contre les coobligés et à la suite des recours qu'il aurait exercés contre la faillite, s'il n'y avait pas eu contre-passation, est supérieur au montant des effets.

(6) HAMEL, Rapport à la Société d'Etudes Législatives, *Bull.* 1934, p. 256.

(7) L'inscription au crédit du compte du montant des effets contre-passés produit le résultat désiré lorsque le banquier a touché des coobligés l'intégralité du montant de l'effet.

	DÉBIT	CRÉDIT
	100.000	80.000
Solde...	20.000	

En l'absence de contre-passation, le banquier toucherait au total une somme de 86.000 fr. (cf. ex. cité, note 7, p. 307, 1re hypothèse).

Après contre-passation d'une part, et inscription des sommes touchées

Cela suppose que, contrairement à la règle de la novation, on donne à nouveau leur individualité à ces remises opérées en sens inverse.

Le résultat est seul conforme à la loi de l'égalité. La règle des coobligés devant laquelle il faut s'incliner puisqu'elle est posée par la loi, ne fonctionnera que pour les effets. Le banquier, qui sera intégralement remboursé de leur montant, ne

des coobligés d'autre part, le compte s'établit comme suit :

	100.000	80.000	(sommes touchées des coobligés)
(effets contrepassés)	80.000	80.000	(effets en souffrance)
	180.000	160.000	
Solde....	20.000		

Le banquier touche, en définitive :

Des coobligés	80.000
De la faillite : 20.000 à 30 %....	6.000
Au total...	86.000

Le système du gage aurait conduit au même résultat.

En revanche, le système de l'inscription des sommes touchées des coobligés au crédit du compte — comme le système du gage — est en défaut lorsque les sommes touchées des coobligés sont inférieures au montant de l'effet. Dans ce cas, le banquier touche moins qu'il n'aurait touché s'il n'y avait pas eu contre-passation.

On suppose que les coobligés versent 64.000 fr.

100.000	80.000	(effets en souffrance)
80.000	64.000	(sommes touchées des coobligés)
180.000	144.000	
Solde... 36.000		

Le banquier touche, en définitive :

De la faillite : 36.000 à 30 %....	10.800
Des coobligés	64.000
Au total.....	74.800

au lieu de 86.000 s'il n'y avait pas eu contre-passation.

La raison de cette différence est que le banquier qui a contre-passé ne peut plus produire à la faillite du remettant puisque, en contre-passant, il exerce et épuise son recours en garantie contre elle. Alors que le système du gage est sans issue, le système qui part d'une conception souple de la règle d'indivisibilité et que nous préconisons, permet d'arriver à de meilleurs résultats :

Au cas où les sommes touchées des coobligés seront inférieures au montant de l'effet, on évitera de les inscrire au crédit du compte et l'on soustraira du solde le montant intégral des effets.

Débit	Crédit
100.000	80.000
80.000	
180.000	80.0000
Solde : 100.000	

Le solde du compte après contre-passation étant de 100.000 francs, le

touchera pas sur les éléments du solde autres que les effets un dividende supérieur à celui des autres créanciers chirographaires, mais il ne touchera pas non plus, comme dans le système du gage, un dividende plus faible.

Cette solution aboutit pratiquement — il faut le reconnaître — à supprimer pour le récepteur l'avantage de la contre-passation (8) ; elle est, cependant, « équitable » (9) : elle concilie les intérêts des créanciers-banquiers et les intérêts des autres créanciers du failli ; elle maintient aux banquiers les avantages que la loi (art. 542 et 544) leur a accordés en tant que porteurs d'effets de commerce. Si la jurisprudence de la Cour de Cassation (10) refusait de faire sienne la suggestion qui lui est faite, il appartiendrait au législateur, au nom de l'égalité entre les créanciers dans la faillite, de briser cette obstination. Il pourrait utilement s'inspirer du texte de l'article 17 alinéa 2 du projet élaboré en 1935 par la Société d'Etudes Législatives et maintenu inchangé lors d'une nouvelle discussion en 1945 (11). D'après cet article, « si la balance du compte est telle au jour de la faillite que le solde du compte soit débiteur à la charge du remettant failli avant la contre-passation des effets, le récepteur ne peut encaisser... une somme totale supérieure au montant contre-passé, augmentée du dividende calculé sur le solde débiteur avant contre-passation, son droit à dividende se trouvant réduit de plein

banquier produira pour cette somme à la faillite, mais il ne produira que pour mémoire à concurrence de 80.000 francs (montant des effets) et il produira d'une manière définitive pour le suplus, soit 20.000 fr. Il poursuivra les coobligés dont il touchera 64.000 francs, puis il touchera le dividende afférent à la somme de 20.000 fr. (20.000 à 30 % = 6.000), il touchera, enfin, de la faillite la différence entre le montant des effets et les sommes qu'il aura touchées des coobligés : 80.000 — 64.000 = 16.000 fr. Le banquier en effet avait produit pour mémoire pour le montant des effets. Cette production lui assurait une somme de 24.000 francs (80.000 à 30 %), mais le banquier ne pouvait toucher intégralement cette somme à peine de percevoir plus que le montant des effets ; il ne touche que la somme destinée à lui en assurer le paiement.

Au total le banquier touchera 86.000 francs ; il aurait touché la même somme s'il n'avait pas contrepassé.

(8) Cf. note précédente.

(9) HAMEL, *Bull. de la Soc. Et. Légis.*, 1935, page 167.

(10) Certaines Cours d'Appel ont adopté le système préconisé : Douai, 5 mars 1931, G. P. 31.1.801 ; rapp. Paris, 18 juin 1891, D. 93.2.137 ; Toulouse, 27 janv. 1933, sous Civ. 3 avr. 1939, S. 39.1.165.

(11) Séance du 9 janv. 1945. Le texte du procès-verbal de cette séance n'ayant pas encore été publié, nous remercions M. Ph. FARGEAUD d'avoir bien voulu nous en communiquer le texte dactylographié.

droit en conséquence ». Mais plutôt que de biaiser avec la difficulté, ne serait-il pas plus simple au législateur d'interdire purement et simplement la contre-passation au cas où le solde du compte courant serait débiteur avant contre-passation puisqu'aussi bien, en toute hypothèse, la contre-passation est alors sans utilité ?

On ne manquera pas, il est vrai, de brandir l'argument tiré des nécessités du crédit. Il serait pertinent si le banquier avait compté sur l'existence certaine de cet avantage le jour où il a fait crédit, pratiquement le jour où il a consenti un « découvert ». En l'espèce, il n'en est rien : la garantie que donne au banquier le bénéfice de la contre-passation ne naîtra qu'au cas de défaillance du tiré : celle-ci est hypothétique le jour où le crédit a été consenti, surtout si, à cette date, le banquier n'avait reçu de son client aucun effet remis à l'escompte. En faisant crédit, le banquier n'a pu prendre en considération la garantie qui naîtrait à son profit de la contre-passation ; en n'exigeant pas de sûreté, il a manifesté, par ailleurs, qu'il faisait pleine confiance à son client. Il est anormal et injuste qu'il puisse après coup bénéficier d'un avantage sur lequel il ne comptait pas et que seul un événement fortuit lui a ménagé. La protection du crédit n'est pas intéressée par la contre-passation au cas où le solde du compte était débiteur avant la contre-passation ; la contre-passation nuit, au contraire, au crédit en mettant en méfiance les autres créanciers du commerçant. La solution — nous ne le méconnaissons pas — est lourde de conséquences. Si l'on interdit la contre-passation, au cas où le solde du compte courant est débiteur avant contre-passation, pourra-t-on continuer à l'autoriser au cas, plus rare il est vrai, où le solde du compte-courant est créditeur, alors surtout que, dans cette dernière hypothèse, la contre-passation n'est réalisée qu'au prix de le méconnaissance d'une règle essentielle du droit de la faillite : l'interdiction de la compensation après le jugement déclaratif. Mais l'on a vu qu'en ce cas, la contre-passation facilitait l'escompte des effets de commerce. A vouloir mutiler la construction de la contre-passation, on risque, peut-être, de la détruire tout entière. Ce résultat, à coup-sûr, serait contraire aux besoins du crédit. Au surplus, on peut reproduire, à propos du banquier, l'observation faite par Quenault à la Chambre des Députés, lorsque, en 1838, on

discuta de la suppression de la « revendication » des marchandises in transitu. « L'opinion favorable que les commerçants ont d'une garantie suffit pour en faire un élément de crédit qu'il importe de ménager » (12).

(12) RENOUARD, *Traité des Faillites et Banqueroutes*, 3e éd., tome 2, 1857, page 362.

CHAPITRE I I

LA PROTECTION DU BANQUIER CRÉANCIER GAGISTE

(LA CLAUSE DE REVOLVING-WARRANT)

---

112. — Nécessité économique du revolving-warrant.

Le crédit bancaire est en principe, on a déjà eu l'occasion de l'indiquer, un crédit réel ; or, parmi les sûretés réelles, les banquiers ont témoigné pour le gage d'une faveur marquée (1). Le souci d'augmenter la surface de crédit réel d'un commerçant, sans diminuer, pour autant, la sécurité du banquier, a entraîné une « adaptation de la technique juridique du gage aux opérations modernes de banque » (2). Cette adaptation a retenu notre attention en ce qu'elle manifestait comment les nécessités du crédit avaient amené la jurisprudence et la loi à conserver au banquier, au cas de faillite de son débiteur, le rang préférentiel qu'il avait valablement voulu se ménager, mais que par application des principes, il avait normalement perdu.

D'après le droit civil en effet, pour qu'il y ait gage opposable aux tiers, il faut que les objets constitués en gage aient été mis et soient restés en la possession du créancier ou d'un tiers convenu (article 2076). Cette règle a un double aspect : elle est une règle de publicité destinée à renseigner les tiers sur la situation de fortune du commerçant, et, comme telle, elle ne nous intéresse pas ; elle est, en second lieu, le rappel implicite du principe suivant lequel un droit réel est perdu lors-

112. — (1) HAMEL, tome II, page 479.
(2) C'est le titre d'un article de M. FARGEAUD à la Revue « *Banque* », mai 1946, page 28.

que le rapport entre la personne et la chose, objet du droit, est détruit ; c'est ce second aspect de la règle qui nous intéresse.

Tel qu'il est conçu, le système du droit civil constituait une gêne considérable pour le commerce et l'industrie, lorsque les objets mis en gage étaient des marchandises ou des matières premières (3). Leur blocage eût entraîné la paralysie de l'activité de l'industriel qui, privé de ses matières premières, aurait dû limiter sa production ; il eût entraîné la paralysie de l'activité du commerçant qui, privé de ses marchandises, aurait dû ralentir ses opérations. Or, à n'importe quelle époque, mais, surtout à une époque de pénurie, les matières premières ne doivent être soustraites à la production ni les marchandises refusées à la consommation. Il se pouvait aussi que matières premières ou marchandises ne pussent souffrir une non-utilisation prolongée et qu'elles fussent susceptibles de détérioration en vieillissant. Autant dire, et pour les deux raisons qui viennent d'être exposées, que d'après le droit civil, la mise en gage des marchandises ou des matières premières aurait été pratiquement impossible ; industriels et commerçants n'auraient pu tirer un crédit réel de leurs stocks. Ce résultat eût été d'autant plus inadmissible que la constitution de ces stocks avait pu exiger l'investissement de capitaux importants. C'est ainsi, par exemple, que depuis 1945, l'exécution des programmes d'importation prévus par les pouvoirs publics a mis les industriels et les commerçants à la tête de stocks qui excèdent leurs possibilités financières, déjà fortement entamées par les dépenses occasionnées par la nécessité de réparer, remplacer, reconstruire matériel ou immeubles et par l'augmentation des charges sociales des entreprises.

De toute nécessité, il importait donc de permettre aux industriels et aux commerçants de tirer crédit de leurs stocks en les constituant en gage ; il fallait aussi leur permettre d'en disposer. Mais il fallait encore — et c'était là que résidait la difficulté — sauvegarder les droits du créancier, pratiquement un banquier. Pour concilier ces intérêts, en apparence inconciliables, il n'y avait qu'un moyen : il consistait d'une part, à autoriser le débiteur à utiliser les objets mis en

(3) HAMEL, *Le gage sans dépossession*, Chronique au *Dalloz*, 1945, page 37.

gage, sauf à l'astreindre à leur remplacement, et, d'autre part, à reporter les droits du banquier des marchandises ou des matières premières originairement remises en gage sur les marchandises ou matières premières de remplacement.

Cette dernière exigence doit être précisée. Il n'était pas suffisant en effet au débiteur de constituer en gage au profit du banquier les marchandises de remplacement ; il fallait que le droit du créancier sur les marchandises de remplacement soit celui-là même qu'il possédait sur les marchandises originaires, d'une manière plus précise encore, que la date de la naissance du droit du banquier sur les marchandises de remplacement soit celle de la remise des marchandises originaires. Cette question de date était d'importance, car, au cas où la substitution des marchandises de remplacement aux marchandises originaires serait intervenue pendant la période suspecte du débiteur, le droit de gage du banquier tomberait sous le coup de l'article 446 qui annule de plein droit « tous droits de nantissement pour dettes antérieurement contractées », si l'on devait le considérer comme né sur les marchandises de remplacement à la date de leur remise effective. Il n'y échappera que s'il peut être considéré comme né à la date de la remise des marchandises originaires. Au surplus, la possibilité pour le débiteur de disposer des objets mis en gage n'impliquait pas nécessairement que ceux-ci restassent en la possession permanente du débiteur et qu'il fallût déroger à l'obligation pour lui de se dessaisir des objets mis en gage. Ainsi marchandises, produits finis, matières premières qui ne devaient pas être immédiatement travaillées, pouvaient aisément être mis à la disposition du banquier ; en revanche, il était hors de question que le débiteur devait, de toute évidence, rester en possession des matières premières utilisables dans l'immédiat ou des produits en cours de fabrication.

113. — La clause de revolving-warrant ; sa validité d'après la Cour de Cassation.

Le problème n'est pas neuf ; dès 1915, les nécessités de fait auxquelles nous venons de faire allusion s'étaient imposées à la Cour de Cassation et, par un arrêt du 10 mars 1915, la Cham-

bre des Requêtes (1) avait déclaré valable et opposable à la masse des créanciers *la clause dite de revolving-warrant* par laquelle le créancier autorisait le débiteur à substituer aux marchandises ou matières premières mises en gage d'autres marchandises de même nature, en égale quantité, et convenait que son droit de gage serait reporté des premières sur les secondes. Le jeu de la clause de revolving-warrang laissait d'ailleurs intacte l'exigence de la dépossession du débiteur ; la jurisprudence a toujours considéré celle-ci comme la condition essentielle de l'opposabilité aux tiers de la constitution du gage.

A la vérité, l'intérêt de la solution de l'arrêt de la Chambre des Requêtes s'était estompé. Depuis 1932 les dispositions législatives sur le warrant pétrolier (2), le warrant agricole (3), le warrant de stocks de guerre (4) et, surtout, le warrant industriel (5) lié ou non à une lettre préalable d'agrément (6), avaient implicitement ou explicitement autorisé la clause de revolving-warrant ; elles avaient également dispensé le débiteur de se dessaisir des objets mis en gage, mais avaient suppléé à l'absence de dépossession du débiteur par une inscription sur un registre spécial. De toutes les dispositions que l'on vient d'énumérer, d'ailleurs, seules les dispositions relatives au warrant industriel étaient d'une application étendue ; elles englobaient en effet dans leur dernier état les produits finis et les matières premières et, en outre, les produits en cours de fabrication.

L'intérêt de la solution de l'arrêt de 1915 subsistait cependant, car l'usage du warrant industriel était réservé aux entreprises industrielles ; il ne pouvait être utilisé par les

113. — (1) D. 16.1.24, note SARRUT ; S. 16.1.5, note LYON-CAEN ; DEMOGUE, Rev. Trim., 1916-103.

(2) Loi du 21 avril 1932.

(3) Décret-loi du 28 sept. 1935, modifiant la loi du 30 avril 1906.

(4) Décret-loi du 24 juin 1939.

(5) Lois des 12 sept. 1940, 12 juin 1944, ordonnance du 26 mai 1945.

(6) La lettre d'agrément créée par la loi du 12 sept. 1940 était une invitation à fabriquer des produits d'utilisation courante paraissant répondre à des besoins certains, adressée à un industriel par le Ministre de l'Economie Nationale. Sur les produits agréés, achevés et stockés, l'industriel pouvait obtenir une avance en les warrantant. La loi du 12 juin 1944 et l'ordonnance du 26 mai 1945 avaient autorisé la création de warrants industriels en l'absence de lettres d'agrément ; la loi du 12 septembre 1940 n'en avait pas moins continué à recevoir application.

entreprises commerciales à l'égard de leurs stocks commerciaux. Il ne semble pas cependant que la clause de revolving-warrant ait été d'un usage fréquent. En tout cas, elle est, peut-être appelée à connaître un renouveau d'actualité, étant donné que, depuis le 1er décembre 1946, la législation sur le warrant industriel non lié à une lettre d'agrément, a cessé d'être en application (7 et 8) ; il est possible qu'au moins pour les produits finis et les matières premières dont ils n'ont pas un besoin immédiat, et dont ils peuvent se dessaisir, les industriels y aient recours.

Aussi, est-ce à examiner la validité de la clause de revolving-warrant, prévue en dehors de toute permission de la loi, que nous consacrerons nos développements.

Des explications qui précèdent, il résulte d'ailleurs que le problème de la validité de la clause de revolving-warrant est, en définitive, le problème de la détermination de la date de la naissance du droit de gage sur les objets de remplacement.

114. — Critique de la solution de la Cour de Cassation.

Dès l'abord, on peut faire à la clause de revolving-warrant un double grief. En premier lieu, elle heurte le principe, sur lequel nous avons déjà eu l'occasion d'insister, d'après lequel l'objet d'un droit réel doit être individualisé (1). Or le jeu de la clause de revolving-warrant aboutit à la constitution d'un gage sur des choses fongibles. Que l'on nous comprenne bien, d'ailleurs ; il est incontestable que les choses fongibles peuvent être remises en gage. L'article 2074 du Code Civil en prévoit d'ailleurs l'hypothèse ; il exige alors que l'acte de constitution du gage indique qualité, poids et mesures des choses fongibles. Mais par le fait même de leur mise à la disposition du créancier, les choses fongibles, jusqu'alors dépourvues d'individualisation, sont individualisées, de même qu'au cas de vente de choses fongibles, la livraison réalise leur individualisation. S'agissant de choses fongibles remises en

(7) Schlogel, *La prescription des textes relatifs aux warrants industriels et ses conséquences*, Rev. « Banque », déc. 1946, page 33.

(8) L'application de la législation sur les warrants industriels liés à une lettre d'agrément préalable (qui devait cesser le 1er janvier 1947 a été prorogée jusqu'au 31 déc. 1947 par la loi de Finances du 25 déc. 1946 (Titre IV, art. 22) *J. O.*, 25 décembre 1946, puis jusqu'au 31 déc. 1948 par la loi du 6 janvier 1948 (art. 55), *J. O.*, 8 janv. 1948.

114. — (1) Roblot, *Le warrant industriel*, Droit Social, 1943, p. 209.

gage, le principe d'après lequel l'objet d'un droit réel doit être un objet individualisé, veut qu'au jour où le créancier gagiste prétend exercer son privilège à leur égard, ces choses fongibles soient celles-là mêmes qui lui ont été remises au jour de la constitution du gage. La clause de revolving-warrant méconnaît cette règle puisqu'elle autorise la substitution des choses fongibles remises en gage : elle crée, en dernière analyse, un gage en valeur.

La clause de revolving-warrant méconnaît, en second lieu la règle de l'article 2076, d'après laquelle « le privilège ne susbsiste sur le gage qu'autant que ce gage ...est resté en la possession du créancier.. ». Quant l'arrêt de 1915 déclare que « les marchandises acquises rentrent et restent, comme celles auxquelles elles sont substituées, dans la possession du créancier », il viole ouvertement l'article précité puisqu'il constate expressément la succession des possessions.

115. — Arguments invoqués pour justifier la validité de la clause de revolving-warrant. — Réfutation.

Pour justifier, cependant, la clause de revolving-warrant, divers arguments ont été invoqués ou pourraient l'être, ils s'attachent tous à écarter les deux objections précitées.

Sur la foi de textes du droit romain, voire par analogie d'une solution du droit hypothécaire moderne, on pourrait, d'abord, être tenté de soutenir qu'en matière de gage, plus largement, de droit réel de garantie, le principe d'après lequel l'objet du droit réel doit être individualisé, souffre quelque atténuation. On ferait alors d'une pierre deux coups puisque par le fait même, la clause du revolving-warrant ne contreviendrait plus à l'article 2076 ; il suffirait que, jusqu'au jour où il exerce son privilège, le créancier ait eu la possession d'une même quantité de choses de la même espèce que celles qui lui avaient été originairement remises (1).

D'un texte de Marcien, il résulte en effet qu'à Rome, l'hypothèque constituée sur un troupeau frappait les animaux acquis en remplacement des éléments qui existaient à la date de la constitution de l'hypothèque (2). Il est rapporté par

115. — (1) Sic, LYON-CAEN, note au S. 16.1.5.
(2) Dig. 20.1.13.

ailleurs au Digeste (3) que Scævola avait admis que le nantissement d'un fonds de commerce frappait les marchandises acquises en remplacement des marchandises dont était fourni le fonds au jour du nantissement. Au demeurant, c'était là la solution que devait adopter la Cour de Cassation (4), deux millénaires plus tard, antérieurement à la loi du 1er mars 1909 qui interdit de comprendre les marchandises dans le nantissement du fonds de commerce.

Sans remonter jusqu'aux jurisconsultes romains, on pourrait faire état également de ce qu'en droit hypothécaire français, on admet que le droit du créancier qui a hypothèque ou privilège sur un immeuble porte sur les animaux attachés à la culture et sur les ustensiles aratoires, acquis en remplacement de ceux qui existaient au moment de la naissance de l'hypothèque ou du privilège (5). Cet argument a été invoqué par Lyon-Caen (6).

C'est bien à tort, cependant, que ces textes et solutions seraient invoqués ; ils n'infirment en rien le principe d'après lequel le droit réel ne peut exister que sur un objet individualisé. Seul leur examen superficiel pourrait conduire à soutenir le contraire.

L'argument tiré du droit français n'est guère sérieux. Si les immeubles par destination acquis en remplacement de ceux qui existaient au moment de la constitution de l'hypothèque ou du privilège sont frappés par eux, c'est à titre d' « améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué », conformément à l'article 2135 du Code Civil (7). Un motif du même ordre permet d'expliquer les solutions romaines. A Rome, l'hypothèque grevait les biens à venir du débiteur (8) ; c'était donc à titre de biens à venir que les biens de remplacement étaient grevés par l'hypothèque qui grevait les biens originaires. On peut d'ailleurs en donner une autre raison. Le droit romain confondait les notions d'universalités de droit et d'universalités de fait en une unique notion d'universitas rerum distantium ou corpora, faits d'éléments multiples unis par leur

(3) Dig. 20.1.34.
(4) Civ. 31 oct. 1906, D. 06.I.528.
(5) Planiol et Ripert, tome XII, par Becqué, n° 389.
(6) Lyon-Caen, note au S. 1916.I.5.
(7) Comp. Civ. 1er mai 1906 D. 09.I.345.
(8) Dig. 20.I.34,2.

destination commune, telle un fonds de commerce ou un troupeau. Il admettait que l'universitas pût être grevée en tant que telle d'une action réelle et que, par ricochet, l'action réelle atteignît les éléments de l'universitas dont ils faisaient partie. Il en résultait que l'identité juridique de l'universitas restant constante en dépit des changements subis par ses éléments, l'hypothèque par exemple qui la frappait affectait de plein droit tous les éléments qui la composaient au jour de la réalisation de son droit par le créancier, et, parmi ces éléments, il fallait comprendre ceux qui, acquis en remplacement des éléments originaux, n'existaient pas au jour de la constitution de l'hypothèque (9). Ainsi, le principe que le droit réel doit porter sur un objet individualisé demeure-t-il sauf : mais il faut reconnaître que c'est au prix d'une fiction, la fiction d'universalité. L'idée vient alors immédiatement de transposer celle-ci du droit romain au droit moderne.

Si l'on pouvait arriver en effet à soutenir que les biens originaires faisaient partie d'une universalité de droit susceptible comme telle d'être grevée à titre indépendant d'un droit réel, les biens de remplacement seraient atteints par ce droit réel comme en faisant partie. C'est effectivement le moyen auquel a recouru expressément la Cour de Cassation pour intégrer dans le nantissement du fonds de commerce les marchandises de remplacement ; elle a admis que le fonds de commerce constituait une universalité de droit. On peut se demander d'ailleurs si tel n'est pas, en définitive, le système adopté par la Cour de Cassation en 1915 ; l'arrêt fait allusion, en effet, à l' « universalité de la marchandise warrantée ». Et la Cour de Cassation complète son argumentation en recourant au mécanisme de la subrogation auquel elle donne pour fondement la fongibilité existant entre les marchandises originaires et les marchandises acquises en remplacement (10).

L'argumentation de la Cour de Cassation vaut qu'on s'y arrête. C'est à une argumentation semblable que les auteurs recourent au cas d'usufruit portant sur un troupeau ou sur un fonds de commerce pour expliquer que le nu-propriétaire

(9) Cf. CERBAN, Professeur à l'Université de Bucarest, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, Rev. Trim. 1939.47.

(10) Semblable fondement a été également attribué à la subrogation réelle par M. A. CERBAN, article précité.

pourra, à l'extinction de l'usufruit, revendiquer les animaux venus en remplacement de ceux qui auraient péri (art. 616 C. Civ.), les marchandises achetées en remplacement de celles qui auraient été vendues. MM. Ripert et Boulanger font état en l'occurrence « d'une sorte de subrogation réelle dans les éléments qui composent l'objet du droit » (11).

Appliquée au droit réel de gage portant sur un lot de marchandises, l'idée est séduisante. La subrogation réelle en effet réalise le report d'un droit réel du bien originaire qui en était grevé sur le bien qui le remplace et évite la perte de ce droit. La subrogation en conséquence permettrait au créancier gagiste d'empêcher que la substitution de l'objet du gage entraîne l'extinction de son droit. Celui-ci serait successivement reporté de marchandises originaires sur les marchandises acquises en remplacement et celles-ci devraient être considérées comme affectées du droit de gage à la date de la remise des marchandises originaires. Qui prétendrait dans ces conditions que le gage ainsi constitué est un gage portant sur des choses fongibles ? Il est un gage en nature portant sur des choses fongibles successivement individualisées.

L'argumentation de la Cour de Cassation ne peut cependant être retenue.

Le recours au mécanisme de la subrogation ne pourrait à la rigueur être justifié que si l'on se trouvait en présence d'une universalité de droit ; or un lot de marchandises, de même qu'un troupeau ou un fonds de commerce, n'est pas une universalité de droit. Un lot de marchandises constitue-t-il même une universalité de fait ? (12).

Quant au rapprochement entre la subrogation réelle et la fongibilité, il pique la curiosité en tant qu'il manifeste qu'au cas de subrogation entre un bien originaire et celui qui est venu le remplacer, de même qu'entre choses fongibles, existe, à défaut d'une identité physique, une identité juridique fondée sur un rapport d'équivalence entre les biens, ceux-ci étant envisagés non dans leur individualité matérielle, mais dans leur valeur pécuniaire. Mais à cette constatation purement

(11) Ripert et Boulanger, tome I, n° 3516.

(12) Sur la définition de l'université de fait : Voirin, *Cours de droit civil* de Beudant, tome IV, 1938, n° 166 et s.

extérieure doit se borner le rapprochement effectué (13). Dire qu'au cas de subrogation réelle, biens anciens et bien nouveaux sont fongibles, c'est utiliser abusivement le terme de « fongibilité ». Les choses fongibles sont celles qui se pèsent, se comptent ou se mesurent ; elles sont non individualisées. Fongibilité n'est pas synonyme d'équivalence. Le terme d'équivalence est plus large que celui de fongibilité.

Au vrai d'ailleurs, le recours à la notion de fongibilité pour expliquer a posteriori la subrogation, hormis qu'il utilise un langage juridique critiquable, n'entraîne aucune conséquence propre et n'emporte aucun effet nuisible. Il est dangereux cependant car il conduira inéluctablement à soutenir, par voie de réciprocité, qu'au cas de choses naturellement fongibles, les choses acquises en remplacement sont subrogées et que le droit réel dont étaient grevées les marchandises originaires s'est reporté sur elles. S'agissant de choses naturellement fongibles, point même ne serait besoin de la volonté expresse des parties. La subrogation s'effectuerait d'elle-même ; du même coup serait justifié par un détour l'existence d'un gage sur des choses fongibles. On n'a jamais osé aller jusque-là, cependant.

Lors même que les parties auraient convenu de la subrogation entre les choses fongibles — et, pour la Cour de Cassation, la clause de revolving warrant n'est autre chose qu'une convention de subrogation — le report du droit réel des marchandises originaires sur les marchandises de remplacement ne pourrait être déclaré opposable aux tiers.

On peut immédiatement remarquer que, si la convention pouvait parvenir au résultat désiré, les dispositions légales intervenues en matière de warrant pétrolier, industriel, etc... auraient été inutiles. Or, on estime généralement, au contraire, que l'existence de ces dispositions était indispensable (14).

De plus, à l'égard des tiers, l'explication tirée de la subrogation ne parvient pas à écarter la double objection tirée de ce qu'un droit réel doit avoir un objet individualisé et de ce que l'objet du gage doit être resté en la possession du créancier.

(13) L. Sarrut, note au D. 1916.I.241, critique le recours à la notion de subrogation ; de même, Lyon-Caen, note au S. 16.I.5.

(14) Roblot, précité, page 209 ; Voirin, note au D. 1945, § 42, col. 1.

Pour que la convention fût opposable aux tiers, il faudrait qu'ils aient pu la connaître. L'importance de la publicité de la clause est attestée par le fait que, lorsque la clause est stipulée par application des dispositions légales, il est de pratique courante de mentionner la clause en même temps que la création du warrant sur le registre spécialement prévu en matière de warrant sans dépossession (15). Or, lorsque la clause est utilisée, en dehors des hypothèses prévues par la loi, il n'existe aucun moyen légal de la publier. Faute pour les tiers de l'avoir connue, le retrait de la marchandise remise en gage a entraîné l'extinction du droit de gage des créanciers. L'objection tirée de l'application de l'article 2076 subsiste donc. Opposer, néanmoins, la clause aux tiers, dans ces conditions, reviendrait à les contraindre de s'incliner devant un droit réel portant sur un objet non individualisé. L'objection tirée de ce que l'objet d'un droit réel doit être un objet individualisé subsiste également.

Il y a plus. La clause de revolving-warrant, sous quelque jour qu'on la présente, rompt la règle de l'égalité entre les créanciers en maintenant au profit d'un créancier une cause de préférence qu'il a perdue. Ce motif est suffisant à lui seul pour entraîner l'inopposabilité de la clause à la masse des créanciers. Il importerait peu d'ailleurs qu'elle ait été stipulée avant la période suspecte du débiteur. Pour l'atteindre, l'action Paulienne pourrait être utilisée, si l'on considérait comme insuffisant d'invoquer la règle de l'égalité (16). Dans ces conditions, la date de la naissance du droit du créancier sur les marchandises de remplacement sera celle de leur remise effective et non pas celle de la remise des marchandises originaires.

Que l'on n'en conclue pas, cependant, qu'au nom des principes, le Droit doive méconnaître les nécessités économiques ! Semblable déduction serait la condamnation du Droit. Le problème est alors d'ordre législatif ; il n'est pas d'ordre judiciaire. On a suggéré (17) le maintien du warrant industriel et son extension aux stocks commerciaux. Cette suggestion doit

(15) ROBLOT, précité, page 209, col. 2.
(16) Cf. *supra*, page 169.
(17) HAMEL, *Le gage sans dépossession*, D. 1945.37.

être entendue. Au demeurant, le droit français ne ferait que suivre l'exemple des droits anglais et américain (18). Il semble peu probable cependant que l'intervention du législateur se produise dans un avenir immédiat. La crainte que l'utilisation du warrant industriel rende possibles des stockages contraires à l'intérêt général la retardera. C'est au moins l'impression qui se dégage de la lettre du 21 novembre 1946 adressée au Président de l'Association Professionnelle des Banques par le Gouverneur de la Banque de France en tant que vice-président du Conseil National du crédit. Cette impression est confirmée par la politique inaugurée par le gouvernement en janvier 1947 et tendant au « dégel » des stocks (19). Par ailleurs, les banquiers, s'ils ne s'opposeront pas au rétablissement de la législation sur le warrant industriel non lié à une lettre préalable d'agrément, et qui est venue à expiration (20), ne le souhaitent pas. Ils n'ont toujours accordé qu'avec appréhension les crédits dont ils étaient sollicités et en garantie du remboursement desquels leur étaient offerts des warrants industriels. L'avantage même du warrant industriel pour l'industriel, l'absence de dépossession des objets remis en gage, constitue un grave inconvénient pour le banquier à qui il fait courir des risques importants. Le crédit consenti n'est plus un crédit réel, c'est un crédit personnel, car il n'est au fond, en effet, garanti que par la promesse du débiteur ; or, on sait que, pour le banquier, le crédit personnel est l'exception (21).

(18) HAMEL, précité ; PETIT-DUTAILLIS, *Le warrantage à domicile aux Etats-Unis*, Rev. « *Banque* », novembre 1946, page 34.

(19) Cette politique est à la fois une politique de baisse des prix (décret 2 janvier 1947) et de resserrement du crédit. C'est ainsi qu'à la date des 9 janvier et 9 octobre 1947, les taux d'escompte pratiqués par la Banque de France ont été relevés pour toutes les opérations pouvant donner lieu à la constitution ou au maintien de stocks, et, notamment, pour les warrants industriels existants. Aux mêmes dates le Conseil du Crédit a invité les banques à restreindre leurs ouvertures de crédit.

(20) La législation sur le warrant industriel lié à une lettre d'agrément préalable a été prorogée jusqu'au 31 décembre 1948 (Loi du 6 janv. 1948, J. O. 8 janv. 1948).

(21) Cf. *supra* page 21.

CONCLUSION

116. — Nature du principe de l'égalité entre les créanciers. — Comparaison avec le principe de l'égalité entre actionnaires.

Le nombre de dérogations apportées par la jurisprudence au principe de l'égalité entre les créanciers, la possibilité précédemment examinée pour un créancier de renoncer à l'égalité, font éprouver quelque difficulté à déterminer la nature du principe de l'égalité. Pour y parvenir, on le comparera utilement au principe de l'égalité entre les actionnaires.

La jurisprudence affirme que le principe de l'égalité entre les créanciers est un principe d'ordre public (1) et l'on trouve la même affirmation dans la doctrine (2). Le principe de l'égalité entre les créanciers serait, en conséquence, d'une nature différente de celle du principe de l'égalité entre les actionnaires. Par arrêt du 6 mars 1935, en effet, la Chambre Civile a jugé que ce dernier principe n'était pas d'ordre public (3). La différence de nature des deux principes surprendra. Actionnaires comme créanciers peuvent renoncer à l'égalité ; les uns et les autres ne peuvent établir à la majorité au détriment de l'un ou d'une catégorie d'entre eux, un traitement inégal. Le principe de l'égalité entre les créanciers et le principe de l'égalité entre les actionnaires conduisant aux mêmes conséquences, on est amené à penser qu'ils ont une nature commune et qu'en jugeant que l'un est d'ordre public et que l'autre n'est pas d'ordre public, la jurisprudence a commis une erreur certaine, soit dans un cas, soit dans l'autre.

116. — (1) Rouen, 10 mars 1909, J. F. 1910. 392, Cass. 31 juillet 1947, G. P. 1er nov. 1947, rapp. Civ. 22 mars 1944, S. 45.I.77, note Niboyet.

(2) Lyon-Caen, Renault et Amiaud, tome VII, page 734 ; Avocat-général Lamothe, conclusions précédant Paris, 16 mai 1935, *Revue Pratique du Tribunal de Commerce de la Seine*, 1935.196.

(3) S. 37.I.249, noté Rousseau.

Si l'on admet avec certains auteurs (4) que toutes les règles impératives sont d'ordre public, le principe de l'égalité entre les actionnaires et le principe de l'égalité entre les créanciers seraient des principes d'ordre public. Il faudrait alors admettre que le caractère d'ordre public d'une règle n'empêche pas, le cas échéant, celui au profit de qui elle a été édictée d'y renoncer (5). De conception commune, cependant, la notion d'ordre public sert à affirmer le caractère particulièrement impératif d'une loi ou d'un principe. Dès qu'un texte ou un principe sont considérés comme d'ordre public, la volonté individuelle perd toute efficacité relativement aux situations qu'ils visent. Ainsi, le droit de vote aux assemblées générales de la société est considéré comme une prérogative d'ordre public de l'actionnaire, il ne peut volontairement y renoncer, pas plus qu'on ne peut l'en priver. Par surcroît, si le principe de l'égalité était d'ordre public, comment expliquer que la jurisprudence et, en particulier, la Cour de Cassation spécialement chargée de faire respecter l'ordre public (6) consacrent des inégalités au profit de certains créanciers.

Serait-ce, alors, qu'en dépit de son caractère impératif, le principe de l'égalité entre les créanciers, comme le principe de l'égalité entre les actionnaires, n'intéresserait pas l'ordre public ? On échapperait ainsi aux objections précédemment formulées, ou, tout au moins, celles-ci présenteraient un caractère moins aigu. C'est, en tout cas, la solution qu'adopteraient les auteurs (7) pour qui les règles d'ordre public seraient les seules règles impératives « destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services, la sécurité et la moralité dans les rapports entre particuliers et dont ceux-ci ne pourraient, en principe, écarter l'application dans leurs conventions ».

A la vérité, c'est partir d'une mauvaise méthode que de

(4) MARMION, *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, thèse, Paris, 1924, page 74.

(5) Sic MARMION, précité, page 78.

(6) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La notion d'ordre public dans le droit privé français*, Cours de doctorat 1931-1932, page 336.

(7) CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 1938, V° Ordre Public ; Introduction à l'étude du droit civil, 6e éd. 1929, pages 57 et s. ; ALGLAVE, *Action du Ministère Public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e éd. 1874, tome I, p. 615 et s. ; GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd. 1932, tome II, nos 170-175.

rechercher si le principe de l'égalité entre les créanciers et le principe de l'égalité entre les actionnaires sont ou ne sont pas d'ordre public. Toute règle juridique a pour but d'assurer l'ordre : le Droit tout entier se confondrait alors avec la notion d'ordre public. Comme on l'a montré (8), « la théorie de l'ordre public ne s'applique pas à la loi elle-même. Il n'y a pas de lois d'ordre public ; il y a des actes juridiques qui sont ou ne sont pas contraires à l'ordre public ». Préciser le rôle de l'ordre public à l'occasion d'une loi ou d'un principe déterminés, revient à rechercher le domaine exact d'application de cette loi ou de ce principe, celui dans lequel la volonté individuelle ne peut se mouvoir, et à déterminer, du même coup, les situations à propos desquelles la volonté individuelle peut intervenir librement. Ainsi entendue, la question de l'ordre public se pose sur le plan judiciaire ; c'est le juge qui, sollicité d'annuler une convention, appréciera si celle-ci doit, ou non, être annulée en fonction des nécessités sociales à satisfaire (9). La notion d'ordre public apparaît comme une notion éminemment relative (10) ; c'est là une constatation que l'on a souvent faite en droit international privé. Il se pourra, en conséquence, que de deux conventions qui, au premier abord, dérogent à un principe qui intéresse l'ordre public, l'une soit annulée et l'autre déclarée valable (11) ; à l'appréciation du juge, la première était contraire à l'ordre public, la seconde n'y portait pas atteinte. Ainsi, c'est une affirmation souvent répétée que les règles de la responsabilité délictuelle édictées par les articles 1382 à 1386 du code civil sont d'ordre public. Des conventions cependant sont validées qui dérogent aux règles légales, par exemple, les conventions par lesquelles un commettant reporte sur un tiers la responsabilité qu'il encourt du fait de ses préposés (12).

(8) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Cours précité, pages 301 et 302 ; *L'ordre public en droit privé interne*, Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant, page 385.

(9) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Etudes Capitant*, p. 388 ; NIBOYET, *La force de la règle de droit en droit français*, Mélanges SUGIYAMA, pages 245 et 250.

(10) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Cours de Doctorat 1944-1945, *L'évolution moderne du droit des Obligations*, page 314 ; NIBOYET, précité, page 249.

(11) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Etudes Capitant*, page 387.

(12) Civ. 3 déc. 1928, G. P. 29.I.175.

On peut raisonner de même au cas de conventions, plus largement, d'actes juridiques contraires à la règle de l'égalité entre créanciers ou entre actionnaires.

Sont contraires à l'ordre public toutes conventions d'où résulte l'établissement d'un traitement inégal au détriment d'un créancier ou d'une catégorie de créanciers, c'est-à-dire l'octroi au profit d'un ou de certains créanciers d'avantages qui sont à la charge de l'actif. La règle de l'égalité s'identifie alors avec la règle du respect des droits acquis, ou, si l'on veut, avec la règle d'après laquelle nul ne peut dépouiller autrui de son droit, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit de créance (13). C'est là une règle en l'absence de laquelle toute sécurité juridique serait bannie. C'est au nom de la règle de l'égalité ainsi comprise que sont nulles les conventions passées par un créancier avec le débiteur avant la déclaration de faillite ou pendant l'exécution du concordat, de même que les conventions d'inégalité stipulées dans le concordat. C'est également le respect du droit de tous les créanciers sur les biens du débiteur qui justifie l'affectation de tous ceux-ci à la satisfaction de tous les créanciers. La sauvegarde de l'ordre public rejoint alors la nécessité d'assurer la sauvegarde du crédit du commerçant et coïncide avec elle. Or, d'une manière générale, on sait que l'organisation du crédit est considérée comme d'ordre public.

En revanche, alors même qu'elle est à son détriment, la convention par laquelle un créancier renonce à l'égalité après la déclaration de faillite, au moment du concordat, soit même avant la déclaration de faillite, n'est pas contraire à l'ordre public. Le principe de l'égalité est avant tout conçu dans l'intérêt des créanciers ; or, chacun est libre en principe de renoncer aux dispositions légales introduites en sa faveur (14). Aucune raison tirée de l'ordre public ne s'y oppose.

De même, sont valables, parce qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public, toutes conventions ou tous actes d'où résulte l'établissement d'un traitement inégal au profit d'un créancier, mais qui n'est pas à la charge de l'actif, qu'il s'agisse de conventions conclues par un créancier avec un tiers, telle une

(13) AUBRY et RAU, tome I, parag. 36, p. 229.
(14) AUBRY et RAU, précités.

convention de cautionnement ou d'assurance-crédit, ou qu'il s'agisse même de conventions conclues avec le débiteur, telle une convention de paiement du solde après exécution du concordat.

Si l'ordre public se désintéresse de ces renonciations et conventions, la raison en est qu'elles sont sans répercussion sur le crédit du commerçant.

La contradiction que l'on avait cru discerner dans la jurisprudence entre le principe de l'égalité entre les créanciers et le principe de l'égalité entre les actionnaires s'évanouit alors d'elle-même. A les examiner de près, les solutions de la jurisprudence étaient fondées ; seul le langage juridique qu'elle utilisait était incorrect. Par l'arrêt de 1935, la Chambre Civile déclarait valable une clause statutaire par laquelle un actionnaire avait renoncé à l'égalité et affirmait que le principe de l'égalité entre les actionnaires n'était pas d'ordre public ; elle voulait dire par là que la renonciation à l'égalité n'était pas contraire à l'ordre public. Et lorsqu'à propos des clauses concordataires d'inégalité la jurisprudence a été amenée à affirmer que le principe de l'égalité entre les créanciers était d'ordre public, elle voulait dire, par là, que ces clauses étaient contraires à l'ordre public. Le principe de l'égalité entre les créanciers et le principe de l'égalité entre les actionnaires sont donc bien de la même essence.

Si, de la manière dont on vient de la présenter, la notion d'ordre public ne s'oppose en aucune manière aux renonciations des créanciers à l'égalité, elle semble persister à condamner les dérogations apportées par la jurisprudence à la règle de l'égalité, puisqu'elles sont à la charge de l'actif. Il n'en est rien. Lorsqu'elles sont justifiées par les nécessités du crédit, les dérogations apportées par la jurisprudence ne sont pas contraires à l'ordre public ; mieux, elles tendent à l'assurer. Cette affirmation surprendra ; on a écrit précédemment que la règle de l'égalité était une manifestation de la règle d'après laquelle nul ne pouvait être dépouillé de son droit sans son consentement et que cette règle intéressait l'ordre public. Quelques explications sont nécessaires.

La notion d'ordre public n'est pas susceptible, en effet, d'une définition donnée une fois pour toutes. Relative, la notion d'ordre public est essentiellement variable et diversifiée.

Suivant l'objet auquel elle s'applique, elle a une portée différente. Destinée à défendre la vie sociale, elle doit épouser sa complexité. Or, les exigences de la vie sociale ne présentent pas toutes le même degré d'importance. Certaines, plus impérieuses, doivent être satisfaites avant d'autres. L'égalité entre les créanciers intéresse l'ordre public : la satisfaction des besoins du crédit intéresse également l'ordre public. En certaines circonstances, l'une et l'autre ne peuvent être assurées en même temps. La question est de savoir laquelle de ces deux nécessités sociales prévaudra sur l'autre. Le conflit, assurément, est d'importance ; l'ordre public s'oppose alors à la loi. Rationnellement, au moins, la solution ne peut souffrir de difficulté si l'on observe que la règle de l'égalité entre les créanciers est, au premier chef, une règle de protection des intérêts individuels, qu'elle n'intéresse que par ricochet l'intérêt général, alors que la satisfaction des besoins du crédit est directement liée à l'intérêt général. Les besoins du crédit devront être, en toute hypothèse, satisfaits les premiers, fût-ce par le sacrifice de l'égalité entre les créanciers; l'intérêt général doit l'emporter sur l'intérêt particulier. Le juge ne s'y est pas trompé ; c'est en ce sens, on l'a vu, qu'il a tranché le conflit lorsqu'il lui a été soumis. Lorsque les besoins du crédit l'exigeaient, il n'a pas hésité à consacrer des inégalités entre les créanciers. Que l'on n'objecte pas que c'est là nier les droits individuels des créanciers ; c'est tout simplement reconnaître leur subordination à l'intérêt général. Au surplus, les créanciers trouvent dans un recours toujours possible à la Cour de Cassation une protection efficace contre l'arbitraire des premiers juges.

Au regard des textes, il est vrai, les solutions échafaudées par la jurisprudence sous la pression des faits ne paraîtront peut-être pas toujours orthodoxes. D'aucuns seront enclins à reprocher à la jurisprudence de s'arroger un pouvoir qu'elle n'a pas. Que ceux-là se souviennent que le Droit Commercial est « le Droit des affaires ». La solution pratique doit y être préférée à la solution logique lorsque celle-ci aurait pour résultat de porter entrave à la rapidité et à la sécurité que réclame le commerce. L'intérêt du crédit doit toujours passer avant l'intérêt des particuliers (15).

(15) HAMEL, *Les rapports du Droit Civil et du Droit Commercial*, Annales

Au surplus, c'est au Droit de plier devant les faits et de prévenir leur révolte. En Droit, plus qu'en tout autre domaine, il faut savoir s'affranchir de la tyrannie des vieilles idées, les rejeter au moment opportun, de même que, suivant le mot de Claude Bernard, « on change un bistouri quand il a servi assez longtemps ». Cet effort novateur et constructif, c'est assurément au législateur qu'il revient de l'accomplir, mais lorsqu'il tarde, la jurisprudence est contrainte de le réaliser ; il lui arrive, peut-être, d'aller outre la règle légale. A sa décharge, on peut, au moins, faire valoir qu'elle montre la voie au législateur et manifeste l'urgence de son intervention.

Droit Commercial, 1933.192 ; rapp. ESCARRA, *L'Autonomie du Droit Commercial, Studi di diritto commerciale in onore Cesare Vivante*, tome I, 1931, page 379.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
J. HAMEL.

Vu : *Le Doyen*,
L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

A. — *Auteurs et livres français*

I. — Ouvrages généraux et monographies.
II. — Thèses.
III. — Revues, périodiques, recueils d'articles.
IV. — Articles.
V. — Notes de jurisprudence.

B. — *Auteurs étrangers de l'ancien droit*

C. — *Auteurs et livres étrangers modernes*

I. — Allemands.
II. — Américains.
III. — Belges.
IV. — Italiens.

A. — Auteurs et Livres français

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MONOGRAPHIES

Alauzet. — *Commentaire du Code de Commerce*, 2e éd., tomes 6 et 7, 1871 ; tomes 7 et 8, 1879.

Alglave. — *Action du Ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2e éd., 2 vol., 1874.

Amiaud. — Voir : Lyon-Caen et Renault.

Aubry et Rau. — *Cours de Droit Civil français*, 6e éd., tomes 1 et 3 ; 5e éd., tomes 4 et 12.

Balzac. — *Grandeur et décadence de César Birotteau*. Œuvres complètes de Balzac. — Michel Lévy, éditeur, tome 8, 1869.

Beudant Ch. — *Cours de Droit Civil français*, 2e éd. par Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière.

Baudry-Lacantinerie et Barde. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 3e éd., 1906, tomes 12 à 15, *Des obligations.*

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 3e éd., 1906, tomes 25 à 27, *Des privilèges et hypothèques.*

Bedarride. — *Traité des faillites et banqueroutes*, 4e éd., 3 vol., 1866.

Bonnecase. — *Traité de Droit Commercial Maritime*. 1922.

— *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie précité*, tome 5, 1930.

Bravard-Veyrières et Demangeat. — *Traité de Droit Commercial*, 2e éd., tomes 5 et 6, *Des faillites*, 1891.

Capitant. — *Introduction à l'étude du droit civil*, 5e éd. 1929.

Colin et Capitant. — *Cours Elémentaire de Droit Civil français*, tome 1, 10e éd., 1942, tome 2, 9e éd., 1942, tome 3, 9e éd., 1945, par Julliot de la Morandière.

Charley del Marmol. — *La faillite en droit anglo-saxon*, 1936.

Demogue. — *Notions fondamentales du Droit Privé*, 1911.

Donnedieu de Vabres. — *Traité Elémentaire de Droit Criminel*, 2e éd., 1943.

Escarra Jean. — *Principes de Droit Commercial*, avec la collaboration de Edouard Escarra et de Jean Rault, tome 1, 1934 ; tome 6, 1936.

— *Manuel de Droit Commercial*, 1947.

Esmein. — *Les Obligations*, tomes 6 (1930) et 7 (1931) dans le *Traité Pratique de Droit Civil français* de Planiol et Ripert.

Fargeaud. — *Le Compte Courant et ses garanties*, 1936.

Feitu. — *Traité du Compte Courant*, 1873.

Frémery. — *Etudes de Droit Commercial*, 1833.

Gaudemet. — *Théorie générale des obligations*, 1937.

Geny. — *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 vol., 2e éd., 1932.

GLASSON, TISSIER et MOREL. — *Traité de Procédure civile*, 3e éd., 1925-1936.

HAMEL. — *Les contrats civils* (vente) dans le *Traité pratique de Droit Civil français de Planiol et Ripert*, tome 10, 1932.

— *Banques et opérations de banque*, 2 vol., 1933-1943.

— Cours de doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris en 1940-1941 : *La théorie juridique de la monnaie*.

— *Cours de droit maritime*, professé à la Faculté de Droit de Paris en 1945-1946.

HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général des Sociétés civiles et commerciales*, 7e éd., 3 vol., 1935-1937.

JOLY. — *Dictionnaire du droit des sociétés anonymes*.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — Voir Colin et Capitant.

— Cours de doctorat professés à la Faculté de Droit de Paris :

En 1931-1932 : *La notion d'ordre public dans le droit privé français*.

En 1944-1945 : *L'évolution moderne du droit des obligations*.

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit Commercial*, 3e éd., 2 vol., 1925.

LAGARDE. — *Les Obligations*, tome 8, 2e éd., 1936, dans le *Cours de Droit Civil* de Ch. Beudant.

LALOU. — *Traité pratique de la responsabilité civile*, 3e éd., 1943.

LEGAL. — *Le contrat de dépôt de titres en banque*, 1926.

LENEL. — *Edit perpétuel*, traduit par Peltier, 2 vol., 1901.

LOCRÉ. — *La législation de la France*, tome 19, 1830.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 5e éd., 8 vol., 1921-1935, par Amiaud, pour les vol. 2, 5, 6, 7 et 8, et, en particulier les vol. 7 (1934) et 8 (1935), consacrés aux faillites.

MAZEAUD H. et L. — *Traité de la Responsabilité Civile*, 3e éd., 3 vol., 1938.

NAST. — *La fonction de la jurisprudence dans la vie française* 1922.

NIBOYET. — *Cours de Droit Civil de 2e année de licence*, professé à la Faculté de Droit de Paris en 1938-1939.

OLIVE et LUREAU. — *Commentaire de la police d'assurances sur facultés*, 1946.

PERCEROU et DESSERTEAUX. — *Des faillites et banqueroutes et liquidations judiciaires*, 2e éd., 3 vol., 1935-1938.

PETIT-DUTAILLIS. — *Le risque du crédit bancaire*, 2e éd., 1946.

PIC. — *Les sociétés commerciales*, 2e éd., 1925.

PLANIOL. — *Traité Elémentaire de Droit Civil*, 1re éd., tome 1, 1896.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., 1925-1934.

RENOUARD. — *Traité des faillites et banqueroutes*, 3e éd., 2 vol., 1857.

Répertoire de Doctrine, de Législation et de Jurisprudence, Dalloz.

RIPERT. — Voir Planiol et Ripert.

— *Droit Maritime*, 3e éd., 3 vol. 1929-1930.

— *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e éd., 1935.

— *Le régime démocratique et le Droit Civil moderne*, 1936.

— *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 1948.

RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de Droit Civil* de Marcel Planiol, tome 1, 2e éd., 1943 ; tome 2, 1re éd., 1943 ; tome 3, 1re éd., 1946.

ROUAST. — Cours de doctoral professé à la Faculté de Droit de Paris en 1942-1943, *Les partages de succession et de communauté*.

ROUBIER. — *Théorie générale du droit*, 1946.

ROUILLON. — *Essai sur la loi des faillites*, 1828.

SAVATIER. — *Traité de la responsabilité civile*. 2 vol., 1939.

THALLER. — *Des faillites en droit comparé*, 2 vol., 1887.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 8e éd., 2 vol, 1931.

VOIRIN. — *Les biens*, 1938, tome 4, dans le *Cours de Droit Civil français* de Beudant, 2e éd.

II. — THÈSES

ABEILLE. — *La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans la vie des sociétés*. Aix, 1938.

BEGUET. — *L'enrichissement sans cause*. Alger, 1945.

BEQUIGNON. — *La dette en monnaie étrangère*. Caen, 1925.

BERTRAND. — *La notion d'ordre public en matière de nullité*. Lille, 1939.

BOITARD. — *Le contrat de service gratuit*. Paris, 1943.

BONNICHON. — *Des effets de la faillite sur les contrats antérieurs valablement conclus*. Paris, 1900.

BOUTAUD. — *Des contrats de la femme avec les tiers dans l'intérêt du mari*. Paris, 1896.

BOUVIER. — *Des moyens de prévenir les faillites*. Paris, 1935.

BUDIN. — *La faillite civile*. Paris, 1935.

CASSIN. — *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*. Paris, 1914.

CHAVANNE. — *Essai sur la notion de compte en Droit Civil*. Lyon, 1947.

CLERC. — *La revendication dans la faillite des banques*. Rennes, 1935.

COMET. — *Restrictions des droits de la femme en cas de faillite du mari*. Lyon, 1936.

CORDONNIER. — *De l'égalité entre actionnaires*. Paris, 1924.

DE LESTAPIS. — *La notion juridique de crédit. Etude de Droit Civil français*. Bordeaux, 1940.

DROGOUL. — *Essai d'une théorie générale des nullités*. Aix, 1902.

DU GARREAU. — *Les droits propres de l'actionnaire*. Poitiers, 1937.

DUPONT. — *De la novation et de l'indivisibilité en matière de compte courant*. Paris, 1910.

ERHARD-SCHIEBLE. — *Les concordats judiciaires et leur contrôle par la justice*. Paris, 1936.

GARY. — *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*. Bordeaux, 1931.

GAZIN. — *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*. Dijon, 1910.

GODIN. — *Du nouveau commerce entrepris par le failli pendant sa faillite*, Nancy, 1925.

GORÉ. — *L'enrichissement injuste*. Paris, 1945 (exemplaire dactylographié).

GRANET. — *Des restrictions à l'assiette et à l'étendue de l'hypothèque légale de la femme en cas de faillite du mari*. Aix, 1938.

GRIGNON. — *Le dessaisissement du débiteur failli*. Caen, 1902.

GROUBER. — *De l'action Paulienne en droit français contemporain*. Paris, 1913.

HOUIN. — *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*. Paris, 1937.

JAPIOT. — *Des nullités en matière d'actes juridiques*. Dijon, 1909.

LEBRUN. — *La coutume*. Caen, 1932.

LECHNER. — *Les droits propres de l'actionnaire*. Nancy, 1932.

LEMARIÉ. — *De l'action tributoria*. Paris, 1910.

LOUISE. — *Des clauses d'inégalité dans les concordats*. Paris, 1935.

LOUIS-LUCAS. — *Volonté et cause*. Dijon, 1918.

MANGEZ. — *De la détermination de la période suspecte*. Lille, 1933.

MARMION. — *Etudes sur les lois d'ordre public en Droit Civil interne*. Paris, 1924.

MAURY. — *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*. Toulouse, 1920.

MELLER. — *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Paris, 1935.

MIRKOVITCH. — *Navire et patrimoine de mer*. Bordeaux, 1932.

MOHAMED ALI IMAN. — *La responsabilité du banquier en matière de dépôts*. Paris, 1939.

NICOLÆSCO. — *La compensation et le compte courant*. Paris, 1920.

PLASTARA. — *La notion juridique du patrimoine*. Paris, 1903.

PULBY. — *La coutume et son rôle en matière de compte courant*. Paris, 1924.

REYNAUD. — *Les concordats des sociétés anonymes après faillite*. Paris, 1904.

RETROU. — *La compensation en matière de faillite*. Paris, 1943.

RIPPE. — *Nature juridique de l'admission des créances au passif de la faillite*. Bordeaux, 1935.

ROCHE. — *Caractère et effets du compte courant en droit français*. Grenoble, 1939.

SHAFIK. — *Les différents systèmes de faillite civile*. Paris, 1937.

VOUILLON. — *Le privilège mobilier du conservateur de la chose*. Lyon, 1938.

VOUIN. — *La bonne foi*. Bordeaux, 1939.

VOULET. — *La notion de cessation des paiements en matière de faillite*. Aix, 1934.

III. — REVUES, PÉRIODIQUES, RECUEILS D'ARTICLES

Outre le *Dalloz*, le *Sirey*, la *Semaine Juridique* et la *Gazette du Palais* :

Annales de Droit Commercial.

Banque.

Bulletin de la Société d'Etudes Législatives.

Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (civil et criminel).

Droit Financier.

Droit Social.

Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant.

Gazette judiciaire et commerciale de Lyon.

Gazette des Tribunaux.

Journal des arrêts de la Cour d'Appel de Bordeaux.

Journal des Audiences.

Journal des Faillites et Liquidations judiciaires.

Journal des Sociétés civiles et commerciales.

Journal des Tribunaux de Commerce.

Journal du droit des Faillites et Liquidations judiciaires.

Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.

Jurisprudence de la Cour d'Appel de Dijon.

Jurisprudence de la Cour d'Appel de Douai.

Loi (La)..

Mélanges juridiques dédiés à M. le professeur Sugiyama, Tokio, 1940.

Moniteur judiciaire de Lyon.

Moniteur universel.

Recueil de la jurisprudence contenant les principales décisions rendues par la Cour d'Appel d'Aix et le Tribunal de Marseille.

Recueil des arrêts de la Cour d'Appel d'Angers.

Recueil des arrêts de la Cour d'Appel de Rennes.

Recueil de législation et de jurisprudence marocaine.

Recueil général de jurisprudence, de doctrine et de législation coloniale et maritime (recueil Penant).

Recueil périodique des arrêts de la Cour de Riom.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue générale des assurances terrestres.

Revue juridique d'Alsace-Lorraine.

Revue de Droit Commercial.

Revue du Droit Bancaire.

Revue générale de Droit Commercial.

Revue générale du Droit des Faillites et Liquidations judiciaires.

Revue pratique de Droit français.

Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de Commerce de la Seine.

Revue trimestrielle de Droit Civil.

Studi di diritto commerciale in onore Cesare Vivante.

IV. — ARTICLES

Amiaud. — *Des droits des obligataires au cas de faillite de leur société*, R. F., 1936.151.

— *La nature juridique de la vérification des créances*, R. F., 1937.5.

Baldy. — *La caisse centrale des dépôts et virements de titres*, Rev. Banque, nov. 1946, p. 14.

Batiffol. — *La théorie des coobligés en état de faillite*, Ann. Dr. Com., 1931.123.

Baudouin. — *Les conflits du droit de change et de la faillite*, J. C. P., 1938, Etude doctrinale 77.

Benoist. — *Des stipulations d'inégalité en matière de concordat*, J. F., 1927.154.

Bonnecase. — *La faillite virtuelle*, Ann. dr. com., 1910-353.

— *La condition juridique du créancier chirographaire*, Rev. Trim., 1920-103.

Boulanger. — *Conflits entre droits non soumis à publicité*, Rev. Trim., 1935.545.

Brun. — *La contre-passation des effets de commerce au cas de faillite du remettant*, J. C. P., 1941.1.206.

Cerban. — *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, Rev. Trim., 1939.47.

Capitant. — *Essai sur la subrogation réelle*, Rev. Trim., 1919-385.

— *L'indivision héréditaire*, Rev. Crit., 1924.19.

Charlier. — *Les effets de la hausse des prix dans la responsabilité civile et administrative*, J. C. P., 1947.1.650.

CHAUVEAU. — *De la contre-passation des effets de commerce en compte courant*, *R. F.*, 1929.129.

CHEYROUZE. — *Les problèmes actuels du crédit à moyen terme*, Revue *Banque*, janvier 1947, p. 5; février 1947, p. 21

CORDONNIER. — *La loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires*, *Journal des Sociétés*, 1929.257.

DEMONTES. — *De la situation de l'administration des assurances sociales dans la faillite de l'employeur*, *R. F.*, 1936.557.

DENNERY. — *L'extension conventionnelle du droit de rétention, spécialement au cas de faillite de l'acheteur*, *R. F.*, 1937-452.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Du conflit des créances et du droit de préférence entre créanciers*, *Rev. Crit.*, 1905.528.

ESCARRA. — *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, *Ann. Dr. Com.*, 1910-97.

— *L'autonomie du droit commercial. Studi di diritto commerciale in onore Cesare Vivante*. Tome 1, 1931, p. 379.

ESMEIN. — *Essai sur la théorie juridique du compte courant*, *Rev. trim.*, 1920.79.

FARGEAUD. — *Rapport présenté en avril 1945 à la deuxième commission du compte courant de la Société d'Etudes Législatives* (non publié).

— *L'adaptation de la technique juridique du gage aux opérations modernes de banque*, Rev. *Banque*, mai 1946, p. 28.

GABOLDE. — *Le respect de l'égalité des créanciers dans le concordat*, *Rev. Génér. Dr. Com.*, 1940-109.

— *Contre-passation et indivisibilité en matière de compte courant*, *J. C. P.*, 1943.1.355, édition CI.

GERMAIN THOMAS. — *Le commerce extérieur de la France et son financement*, Rev. *Banque*, sept. et oct. 1946, page 10.

GOMBEAUX. — *Les créanciers de la masse*, *Ann. Dr. Com.*, 1907.417.

HAMEL. — *Les rapports du droit civil et du droit commercial*, *Ann. Dr. Com.*, 1933.183.

— *Rapport présenté en 1934 à la première commission du compte courant de la Société d'Etudes Législatives*, Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1934-237; observations présentées à la séance du 15 mars 1935, Bulletin 1935-158.

— *Rapport général présenté, en 1937, à la Semaine Internationale de Droit de Paris sur « la protection des obligataires »*.

— *La mobilisation des créances bancaires. Rev. Génér. Dr. Com.*, 1938.19.

— Préface à l'ouvrage de M. Petit Dutaillis, *Le risque du crédit bancaire*.

— *Le gage sans dépossession*. Chronique au D. 1945.37.

— *La nationalisation du crédit*, Chronique au D.1946.24.

HEREIL et MELLER. — *La masse en matière de faillite*, *R. F.*, 1938-165.

JEANTET. — *Le dépôt collectif des titres au porteur*, *Jour. Soc.*, 1945.161.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *L'ordre public en droit privé interne. Etudes de Droit Civil à la mémoire de H. Capitant*, p. 381.

KÆPPELIN. — *La caisse centrale des dépôts et virements de titres*, *Rev. Génér. Dr. Com.*, 1943-5.

LEVY-BRUHL. — *Etude historique sur la revendication du vendeur de meubles en matière de faillite*, *Ann. Dr. Comm.*, 1938.295.

MARTY. — *La remise d'effets de commerce en compte courant*, *Ann. Dr. Com.*, 1931.93.

MARAIS. — *De la répétition de l'indû par la masse d'une faillite*, *R. F.*, 1937.748.

MATER. — *La revendication des titres détenus par le banquier failli*, *Revue du droit Bancaire*, 1931-103.

MAZEAUD H. — *Les obligations extra-contractuelles de la masse dans la faillite, Rev. Crit.*, 1926.126.

— *De l'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile.* Chronique au D. H. 1935.5.

MAZEAUD. — *Des droits des souscripteurs de valeurs mobilières en cas de faillite de l'intermédiaire, Journ. Soc.*, 1932.384.

— *L'évaluation du préjudice et la hausse des prix en cours d'instance, J. C. P.*, 1942.1.275.

MERLIN. — *L'assurance-crédit à l'exportation, Rev. Génér. Ass. ter.* 1946.225.

NAST. — *Commentaire de la loi du 18 février* 1938, D. P. 1939.4.1.

— *La jurisprudence et la contre-passation des effets impayés en matière de compte courant, J. C. P.*, 1941.1.218.

NIBOYET. — *La force de la règle de droit, en Droit français. Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 241.

PERCEROU. — *La clause de réserve de propriété dans les ventes mobilières, Ann. Dr. Com.*, 1931.189.

PETIT-DUTAILLIS. — *Le warrantage à domicile aux Etats-Unis*, Revue *Banque*, novembre 1946, page 34.

PICARD. — Rapport présenté en 1936 à la Commission des locations-ventes d'objets mobiliers de la Société d'Etudes Législatives. *Bulletin* 1936.183.

PIRET. — *Chronique de jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique en matière de faillite* (1929-1938), *Rev. Gén. Dr. Com.*, 1939.209.

— *Le recul du principe de l'indivisibilité de la dette en compte courant, Rev. Gén. Dr. Com.*, 1939.601.

POMME DE MIRIMONDE. — *Les assurances en* 1939, *Revue Générale Assurances terrestres*, 1941.365.

RAULT. — *Des clauses par lesquelles le vendeur tente d'échapper à la loi du dividende, R. F.*, 1936.393.

RENARD. — *Etudes sur les conditions de l'application de l'action d'enrichissement sans cause, Rev. Trim.*, 1920.243.

RIPERT. — *La loi de la majorité dans le droit privé. Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 351.

ROBLOT. — *Le warrant industriel, Droit Social*, 1943.204.

ROUAST. — *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, Rev. Trim.*, 1922.35.

ROUSSEAU. — *Les mesures relatives à la forme des actions, J. C. P.*, 1942.1.290.

SCHLOGEL. — *Le warrant industriel, Rev. Banque*, septembre-octobre 1946, p. 32.

— *Les crédits mobilisables et leur réglementation, Rev. Banque*, nov. 1946, page 23.

— *La prescription des textes relatifs aux warrants industriels et ses conséquences, Rev. Banque*, décembre 1946, page 33.

SÉBAG. — *L'enrichissement sans cause dans la faillite, Rev. Gén. Dr. Com.*, 1938.432.

THALLER. — *Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite, Rev. Crit.*, 1881.630.

TIMBAL. — *Influence de la faillite du remettant sur la contrepassation des traites par lui remises en compte courant à un banquier récepteur et non échues au jour de la faillite, Rev. Crit.*, 1931-148.

TRASBOT. — *De la stipulation d'avantages particuliers comme condition du vote du concordat en matière de faillite. Journ. Faillites*, 1925.141.

TUNC. — *La représentation des actions par la comptabilité de la Caisse centrale des dépôts et virements de titres, J. C. P.*, 1947.1.659.

V. — NOTES DE JURISPRUDENCE

ALAUZET.	S. 1865.2.281	sous	Paris, 18 janv. 1865.
BASTIAN.	J. C. P. 1944.2.2659	»	Com. Clermont-Ferrand, 9 nov. 1943.
J. BECQUÉ.	J. C. P. 1948.2.4269	»	Civ., 2 déc. 1947.
BESSON.	D. P. 1928.1.70	»	Req., 7 fév. 1928.
	D. P. 1933.1.121	»	Civ., 14 mai 1930 et 2 mai 1932.
	D. P. 1936.1.13	»	Civ., 27 mars 1935.
	D. P. 1938.1.89	»	Civ., 2 mars 1938.
	D. C. 1944.J.25	»	Civ., 25 mai 1943
BLAEVOET.	D. P. 1936.2.22	»	Paris, 7 nov. 1935.
BOISTEL.	D. P. 1893.1.537	»	Cass., 17 janv. 1893.
	D. P. 1893.2.49	»	Angers, 18 avr. 1891.
BOITARD.	J. C. P. 1945.2.2786	»	Civ., 7 oct. 1941.
BONFILS.	Rev. Crit. 1889.377	sur	Req., 16 nov. 1887.
BOURCART.	S. 1908.1.457	sous	Civ., 4 fév. 1907.
	S. 1909.1.513	»	Civ., 22 oct. 1907.
	S. 1911.1.273	»	Civ., 11 nov. 1907.
	S. 1911.1.313	»	Req., 8 fév. 1909.
	S. 1912.1.561	»	Req., 4 mai 1910.
	S. 1913.1.265	»	Civ., 25 avr. 1910.
	S. 1921.1.65	»	Civ., 24 juin 1918.
	S. 1929.1.81	»	Civ., 16 juil. 1928.
CABRILLAC.	J. C. P. 1947.II.4012	»	Civ., 31 juil. 1947.
CHÉRON.	D. P. 1911.1.281	»	Paris, 1er avr. 1909.
	D. P. 1913.2.369	»	Bordeaux, 5 juillet 1911.
	D. P. 1928.2.37	»	Bordeaux, 26 janv. 1926.
	D. P. 1929.1.149	»	Req., 23 fév. 1928.
	D. P. 1930.2.193	»	Paris, 23 nov. 1928.
	D. P. 1932.1.48	»	Civ., 17 nov. 1930 et Req., 9 déc. 1930.
	D. P. 1934.2.1	»	Gand, 17 nov. 1932.
	D. P. 1935.2.25	»	Colmar, 20 janvier 1933.
	D. C. 1943.J.72	»	Civ., 14 oct. 1940, 27 janv. 1941, 7 et 22 juil. 1942.
	D. C. 1944.J.1	»	Civ., 16 mars et 13 juil. 1942.
	D. C. 1944.J.43	»	Req., 2 avr. 1941.
	D. C. 1944.J.66	»	Civ., 28 juil. 1941.
DE LA GRANGE.	D. P. 1940.1.25	»	Civ., 30 janv. 1939.
	D. C. 1941.J.68	»	Civ., 21 mars 1939.
DEMOGUE.	Rev. Trim. 1916.103	sur	Req., 10 mars 1915.
DESSERTEAUX.	Ann. Dr. Com. 1935.184	»	Appel Alexandrie, 13 juin 1934.
DROUILLAT.	S. 1933.2.57	sous	Douai, 1er mai 1931.
ESMEIN.	S. 1935.1.337	»	Civ., 28 mars et 22 oct. 1934.
	S. 1941.1.121	»	Req., 11 sept. 1940.

GABOLDE.	Rec. Lég. et Jur. maroc.	sur	Civ., 14 oct. 1940.
GENREAU.	Rev. Crit. 1865.385	»	Paris, 18 janv. 1865.
GUÉNÉE.	D. P. 1906.1.249	sous	Req., 6 nov. 1906.
HAMEL.	D. P. 1932.1.49	»	Civ., 21 juil. 1931.
HAMEL.	Rec. Penant 1935-136	sous	Saïgon, 21 juil. 1933.
	D. P. 1936.1.33	»	Civ., 1er avr. 1935.
	D. C. 1942.J.92	»	Civ., 15 et 16 janv. 1940 et 1er oct. 1940.
HÉMARD.	R. G. D. C. 1938.700	»	Civ., 6 déc. 1937.
	R. G. D. C. 1938.871	»	Civ., 28 avr. 1938.
HOUIN.	J. C. P. 1943.2.2157	»	Civ., 13 juil. 1942.
LABBÉ.	S. 1879.2.145	»	Caen, 7 juin 1874 et Amiens, 16 mai 1877.
	S. 1894.1.113	»	Civ., 17 janv. 1893.
LACOUR.	D. P. 1904.2.217	»	Douai, 27 janv. 1902.
	D. P. 1910.1.345	»	Civ., 27 juil. 1909.
	D. P. 1926.2.9	»	Paris, 7 fév. 1925.
	D. P. 1929.1.16	»	Req., 27 déc. 1927.
LAGARDE.	S. 1933.1.121	»	Civ., 2 mars 1932.
	R. G. D. C. 1939.380	»	Rouen, 8 déc. 1937.
LAMOTHE. (Av. Gén.)	Conclusions à la Gaz. Jud. Lyon 1935.65	précéd.	Paris, 21 fév. 1935.
	Conclusions à la Rev. Prat. Trib. Com. Seine 1935.2.174	»	Paris, 16 mai 1935.
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.	J. C. P. 1943.2.2498	sous	Civ., 25 mai 1943.
	Rapport au D. C. 1944.J.145	précéd.	Civ., 22 mars 1944.
LESCOT.	S. 1925.1.105	sous	Civ., 20 oct. 1924.
	S. 1936.1.9	»	Civ., 27 mars 1935.
	S. 1941.1.177	»	Civ., 30 janv. 1939,
	S. 1942.1.81	»	Civ., 28 juil. 1941.
	J. C. P. 1945.2.2787	»	Req., 5 juil. 1944.
LEVILLAIN.	D. P. 1881.2.225	»	Bordeaux, 17 mars 1879.
		»	Paris, 8 mai 1879 et 10 juil. 1879.
	D. P. 1888.2.121	»	Paris, 17 juin 1887.
LYON-CAEN.	Rev. Crit. 1881.276	»	Paris, 8 mai 1879 et 10 juil. 1879.
	S. 1911.1.73	»	Civ., 27 juil. 1909.
	S. 1916.1.5	»	Req., 10 mars 1915.
MANCEL. (Av. Gén.)	Conclusions à la G. P. 1925.1.527	précéd.	Paris, 7 fév. 1925.
MAZEAUD J.	J. C. P. 1947.2.3791	sous	Seine, 16 juil. 1947.
MAZEAUD (H. et L.)	Rev. Trim. 1944.36	sur	Civ., 15 juil. 1943.
MEYNIAL.	S. 1889.1.81	sous	Civ., 22 nov. 1887.
NIBOYET.	S. 1945.1.77	»	Cass., 22 mars 1944.
	S. 1946.1.17	»	Req., 27 oct. et 17 nov. 1943.

Péan.	J. C. P. 1943.2.2096	»	Req., 2 avr. 1941.
	J. C. P. 1944.2.2686	»	Civ., 25 nov. 1941.
Percerou.	D. 1945.J.329	»	Req., 19 mars 1945.
	D. 1948.J.41	»	Civ., 31 juil. 1947.
Pic.	D. P. 1914.1.385	»	Cass., 13 mars 1913.
	D. C. 1941.J.13	»	Req., 3 nov. 1937.
Pilon.	Rapport au D. P. 1936.1.37	»	Req., 26 nov. 1935.
Rouast.	R. G. A. T. 1937.560	»	Civ., 15 mars 1937.
Rousseau.	S. 1930.2.131	»	Paris, 1er mai 1930.
Rousseau.	S. 1937.1.49	sous	Req., 3 nov. 1936.
	S. 1937.1.249	»	Civ., 6 mars 1935, 3 nov. 1937.
	S. 1938.1.9		
	J. C. P. 1942.2.1895	»	Civ., 16 mars 1942.
	J. C. P. 1942.2.2000	»	Com. Roubaix, 20 juin 1941.
	J. C. P. 1943.2.2240	»	Civ., 27 oct. 1942.
Sarrut.	D. P. 1916.1.241	»	Req., 10 mars 1915.
Thaller.	Rev. Crit. 1883.363	sur	Civ., 21 déc. 1881.
Toujas.	J. C. P. 1941.2.1730	sous	Cass., 28 juil. 1941.
	J. C. P. 1948.2.4408	»	Civ., 2 mars 1948.
Vandame.	D. P. 1934.1.151	»	Civ., 28 mars et 22 oct. 1934.
Voirin.	D. 1945.J.38	»	Besançon, 5 mai 1943.
Wahl.	S. 1910.2.297	»	Paris, 1er avr. 1909.

B. — Auteurs étrangers de l'ancien Droit

Da Castro Paolo. — (Mort vers 1450, Italien), *Consilia*, Francfort, 1582.

De Franchi Vincenzo. — (1531-1601, Italien), *Decisiones sacri consilii neapolitani*, Venise, 1675.

De Luca. — (1614-1683, Italien), *Theatrum veritatis et justiciæ*, Venise, 1734.

Salgado de Samosa. — (Mort en 1664, Espagnol), *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, 1651.

C. — Auteurs et livres étrangers modernes

1. — *Allemagne*

Bekker. — *System des Heutigen Pandektenrechts*, tome 1, 1886.

Brinz. — *Lehrbuch der Pandekten*, tome 1, 1884, et tome 3, 1886.

Entscheidungen des Reichsgericht in Civilsachen.

Gierke. — *Deutches Privatrecht*, tome 1, 1896.

Jæger. — *Kommentar zur Konkursordnung*, 7e éd., 2 vol., Berlin, 1931-1936.

Juristische Wochenschrift.

Kiesow. — Note à la *Juristische Wochenschrift*, 1932.2541, sous décision du Reichsgericht du 23 mai 1932.

Krieg. — *Vergleichsordnung vom 26 februar* 1935, Berlin, 1937.

Mayer. — *Kommentar zur vergleichsordnung*, Munich, 1928.

Rumelein. — *Zweckvermögen und genossenschaft.* 1892.

II. — *Amérique*

Nadelmann. — *Concurrent Bankruptcies and creditor Equality in the Americas.*

III. — *Belgique*

Dieryck. — *Les ouvertures de Crédit*, 1945.

Fredericq. — *Principes de droit commercial belge*, tome 3, 1934, *Faillites et banqueroutes.*

Namur. — *Le Code de Commerce belge révisé.* Bruxelles, 1876-1877, tome 3.

Pasicrisie belge.

IV. — *Italie*

Auletta. — Note à la *Rivista del diritto commerciale* 1940.2.521, sous Cass. 10 juin 1940 : *Conditizione di favore ad un creditore concordatario e lora inefficacia per mancanza di richiamo nel concordato.*

Bolaffio. — Chronique au *Foro Italiano*, 1889, page 1194.

Bonfante. — *Storia del diritto romano*, tome 1, 3e éd., Milan, 1923.

Bonelli. — *Del Fallimento*, 3 vol., Milan, 1re éd. 1902 ; 3e éd., par Andrioli, 1938-1939.

— *Del conto corrente* in *Commentario al codice di commercio*, tome 3, Milan, 1914.

— *Sulla teoria del conto corrente*, Rivista, 1914-1.825.

Brignardello. — *Atti del fallito.*

Brunetti. — *Diritto fallimentare italiano*, Rome, 1932, V° *Fallimento* in *Nuovo digesto italiano*, tome 5, 1938.

Candian. — *Exercizio del commercio in castanza di fallimento e sua disciplina giuridica*, Rivista, 1932.1.421.

— *Attuazione della sentenza di fallimento su beni presenti et su quelli futuri.* Rivista. 1933.1.616.

— *Il processo di fallimento.* Padoue, 1934.

Caravelli. — *Teoria della compenzazione.* Pise, 1930.

Cuzzeri-A. Cicu. — *Del fallimento.* Turin, 1927.

Di Blasi. — *Codice civile, il libro delle obligazioni. Parte speciale. I singoli contratti.* Milan, 1943.

Ferrara. — Note à la *Rivista del diritto commerciale*, 1917.2.16, sous Cass., Naples, 2 sept. 1916.

Foro italiano.

Gagliano. — *Compenzazione nel fallimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1902.2.

Gandin. — Note à la *Rivista*, 1933.1.1042, sous Cass., 30 mars 1933 : *Un caso interessante di improponibilita dell' azione revocatoria dell' art. 708 codice di commercio.*

Giurisprudenza italiana.

Guariglia. — *Il concordato*, Naples, 1892.

Invrea. — *Costruzione giuridica del concordato fallimentare. Rivista*, 1935-1-9.

Lordi. — *Instituzioni di diritto commerciale*, tome 2, *Contrats Commerciaux.* Padoue, 1943.

— *Il fallimento et le altre procedure concorsuale*, Naples, 1946.

MORANDO — *Il contratto di conto corrente*. Padoue, 1932.

NAVARRINI. — *Il fallimento*. Turin, 1926.

— *Trattato di diritto fallimentare*, vol. 1, 1934 ; vol. 2, 1935.

NICOLO. — *Manuale per l'udienza civile*. Milan, 1942.

Nuovo Digesto Italiano, publié par les soins de M. d'Amelio, tomes 3 et 5, 1938.

PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA, RICHTER, DALLARI, *Codice civile, Livre des obligations*.

Projet de Code de Commerce italien de 1925.

Relazione alla Maesta del Re Imperatore, Codice Civile, publié par l'Instituto poligraphico dello stato. Rome, 1943.

Rivista del diritto commerciale.

ROCCO. — *Il concordato*, Turin, 1902.

SACERDOTI. — Note à la *Rivista* 1905-2.221, sous Naples, 4 mai 1904, *la compensazione legale nel faillimento*.

SALVATORE. — Note à la *Rivista* 1914.2.278, sous Trib. Milan, 16 mars 1924, *l'exercizio del commercio da parte del fallito e i diritti di nuovi creditori*.

SOLAZZI. — *Il concorso dei creditori nel diritto romano*. Naples, tome 1, 1937.

TEMPESTA. — V° *Conto Corrente* in *Nuovo digesto italiano*, tome 3, 1938.

Temi Veneta.

VALERI. — Préface au Traité de Lordi. *Il fallimento*.

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux pages et non aux numéros de l'ouvrage

A

Abandon de la fortune de mer : 32, note 14 ; 145.
Actif, excédent, répartition : 28.
Actes destructeurs de l'égalité :
— Actes conclus par le créancier avec le débiteur : 169 ;
— Actes conclus par le créancier et auxquels le débiteur est resté étranger : 179 ;
— Décisions de justice : 190.
Action paulienne : 33 ; 149 ; 169.
Admission (principe de l'irrévocabilité de l') : 66 ; 68.
Assurance-crédit : 230.
Assurances sociales : 122.
Avantages particuliers : 172 ;
— Avantages particuliers consentis pendant l'exécution du concordat : 41.

B

Banquier : 285.

C

Cause (théorie de) : 235 ; 238 ; 253.
C. C. D. V. T. : 95, note 2 ; 104, note 14.
Cessation des paiements : 39 ; 49.
Choses fongibles : 94 ; 327.
Clause d'antériorité : 222.
— d'option : 227.

— DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ : 110 ; 275.
— DE RETOUR A MEILLEURE FORTUNE : 58.
— DE REVOLVING-WARRANT : 323.
Voir v^is Concordat ; Contre-passation ; Rétention.
CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF : 167.
COMPENSATION judiciaire : 191.
— légale : 182.
— Convention de compensation : 253.
COMPTE : 240.
COMPTE COURANT : 259, 289, 295 et s.
CONCORDAT :
— Application du principe de l'égalité : 198, 214.
— Exécution, effets : 40.
— Résolution : 83, 138.
CONTRE-PASSATION DES EFFETS ÉCHUS : 297, 305.
— DES EFFETS NON ÉCHUS : 310.
CLAUSE DE CONTRE-PASSATION DES EFFETS NON ÉCHUS : 169, 313.
COOBLIGÉS : 292.
CRÉANCES, DATE D'ÉVALUATION : 62.
— DE DOMMAGES-INTÉRÊTS : 74, 141.
— D'OBLIGATIONS DE FAIRE, DE NE PAS FAIRE : 75.
— LIBELLÉES EN MONNAIES-ÉTRANGÈRES : 63, 219.
CRÉANCIERS, AGENTS DE L'ÉGALITÉ : 32.
CRÉDIT (notion de) : 17, 57, 269.

D

DÉBITEUR, AGENT DE L'ÉGALITÉ : 36.
DÉPOT : 74, 114.
— Abus de dépôt : 94, note 1 ; 129.
— Dépôt de choses fongibles 99, 101.
— Dépôt de valeurs mobilières : 99, 102.
DROITS RÉELS : 74.
— Droits réels portant sur des choses fongibles : 96, 327.

E

EFFETS DE COMMERCE, voir V^e paiement.
EGALITÉ ENTRE ACTIONNAIRES : 335.
EGALITÉ ENTRE CRÉANCIERS :
— Actes qui y sont soumis : 169, 229, 238.

— Bénéficiaires : 36, 47.
— Biens auxquels elle s'applique : 144.
— Durée d'application : 39.
— Fondement : 11.
— Nature : 335.
— Personnes soumises : 74.
Enrichissement sans cause : 117, 127, 160.
Exception d'inexécution : 246.

F

Faillites successives : 137.
— Nouvelle faillite avant la clôture de la première : 152.

G

Gage : 31, 114.
Voir v° Clause de revolving warrant.
Gestion d'affaires : 124.

H

Hypothèque de la masse : 83.
— légale de la femme mariée, voir v° Subrogation.

I

Intérêts (arrêt du cours des) : 11, note 5.

M

Masse.
— Créanciers de la masse : 77, 122, 158.
— hypothèque de la masse : 83.
— Responsabilité contractuelle de la masse : 123.
— Responsabilité délictuelle de la masse : 31, 123.

O

Obligation de faire, de ne pas faire : 75.
Omission d'un bien dans la liquidation : 165.

P

Paiement d'un effet de commerce : 293.
Production tardive : 164.
Privilège du conservateur : 80.

R

Remises en compte courant : 301, 304.
Renonciation a l'égalité : 70, 221.
Résolution judiciaire : 191.
Rétention.
— Droit de rétention : 132, note 1.
— Clause d'extension du droit de rétention : 256.
Revendication : 94.
— Revendication des marchandises *in transitu* : 272.
— Voir également v° Vente-vendeur.

S

Souscription de valeurs mobilières : 105.
Statistiques : 21.
Subrogation a l'hypothèque légale de la femme mariée : 180.
— réelle au premier degré : 114.
— réelle au deuxième degré : 330.
Suretés consenties en garantie du solde du compte courant : 301, 302.
Syndic, agent de l'égalité : 28.

U

Universalité : 330.

V

Valeurs mobilières : 31, 74, 94, 95, note 1 ; 129, 132.
Vente-Vendeur : 271.
Ventes avec clauses de réserve de propriété ou sous condition suspensive : 110, 275.
Virement : 183.

W

Warrant, voir v° Clause de revolving warrant.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

INTRODUCTION

Numéros		Pages
1)	Les conditions de l'égalité entre les créanciers....	9
2)	Fondement du principe de l'égalité	11
3)	Fondement historique	12
4)	Fondement juridique	13
5)	Fondement économique	17
6)	Plan et avertissement	20

PREMIÈRE PARTIE

L'égalité entre les créanciers, élément du crédit général du commerçant

TITRE PREMIER

LES PERSONNES ET ORGANES CHARGES DE FAIRE RESPECTER L'EGALITE ENTRE LES CREANCIERS

7)	Enumération des personnes et organes chargés de faire respecter l'égalité	27
8)	Le syndic	28
	a) Répartition de l'excédent d'actif	28
	b) Retrait des gages	31
9)	Les créanciers	32
10)	Le débiteur	36

TITRE DEUXIEME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE DANS LE TEMPS

11) *INTRODUCTION* 37

CHAPITRE I

La durée d'application du principe de l'égalité 39

Section I. — *LA DURÉE NORMALE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'EGALITE D'APRES LES DISPOSITIONS LEGALES* 39

12) *Première limite* : le point de départ de la période suspecte 39

13) *Deuxième limite* : la clôture de l'union ou l'exécution du concordat 40

14) (Suite). Impossibilité pour le débiteur de demander, après l'exécution du concordat, la nullité des actes contraires à l'égalité accomplis pendant l'exécution du concordat 41

Section II. — *LES EXTENSIONS DE LA DURÉE NORMALE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'EGALITE* 48

A. — Application anticipée du principe de l'égalité 48

15) Dualité de la notion de cessation des paiements ; exposé de la jurisprudence 48

16) Raisons d'approuver la jurisprudence 53

17) Critique de la jurisprudence 54

B. — Prorogation conventionnelle de la durée d'application du principe de l'égalité 58

18) La clause de retour à meilleure fortune 58

CHAPITRE II

Date d'évaluation des droits des créanciers 62

Section I. — *EFFET DES VARIATIONS DU COURS DES CHANGES SUR L'EVALUATION DES DETTES LIBELLEES EN MONNAIE ETRANGERE* 63

19) Solutions de la jurisprudence ; résultats 63
20) Critique 64
21) Essai de justification 66
22) Réfutation 67
23) Moyens susceptibles d'assurer l'égalité 69

Section II. — *EFFET DE VARIATIONS DES PRIX SUR L'EVALUATION DES DETTES DE DOMMAGES-INTERETS CONTRACTUELS DU FAILLI* 71

24) Identité du problème posé avec celui examiné à la section précédente 71

TITRE TROISIÈME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE QUANT AUX PERSONNES QUI Y SONT SOUMISES

25) Personnes qui sont en dehors du champ d'application du principe de l'égalité 74
a) Propriétaires 74
b) Créanciers d'obligations de faire ou de ne pas faire 75
c) Créanciers postérieurs au jugement déclaratif 76
d) Créanciers de la masse 77
26) Personnes à qui s'applique le principe de l'égalité. 77

CHAPITRE I

Les efforts des créanciers chirographaires en vue de se faire reconnaître le bénéfice d'une cause légitime de préférence 79

Section I. — *L'APPLICATION DU PRIVILEGE DU CONSERVATEUR DANS LA FAILLITE* 80

27) Prétention des créanciers chirographaires 80
28) Juste sévérité de la Chambre Civile 81

Section II. — *L'EFFET DE LA RESOLUTION DU CONCORDAT SUR L'HYPOTHEQUE DES CREANCIERS CONCORDATAIRES* 83

29) Position du problème 83
30) Solution : *a*) Non-résurrection de l'hypothèque de l'article 490 — maintien de l'hypothèque de l'article 517 85
31) *b*) Impossibilité pour les créanciers de produire pour la différence entre le montant de leurs créances et le montant des dividendes 89

CHAPITRE II

Les efforts des créanciers chirographaires en vue de se faire reconnaître la qualité de propriétaires 93

Section I. — *LA REVENDICATION DES CHOSES FONGIBLES ET DES TITRES AU PORTEUR ACHETES OU DEPOSES, AU CAS DE FAILLITE DE L'INTERMEDIAIRE OU DU DEPOSITAIRE.* 94

32) Admission de l'action en revendication 94
33) Rappel des principes qui gouvernent l'exercice de l'action en revendication 95
34) Exposé de la jurisprudence 98
35) Critique de la jurisprudence 100

I. — La revendication n'est plus possible parce que le revendiquant a perdu la propriété des

choses qu'il revendique à raison de la perte par celles-ci de leur individualisation 101
II. — La revendication n'est pas possible parce que le revendiquant n'a jamais été propriétaire de la chose réclamée, faute par celle-ci d'avoir été individualisée 105
36) Conclusion 110

Section II. — *LES CLAUSES PAR LESQUELLES DES CREANCIERS, LES VENDEURS, ONT ESSAYE DE CONSERVER LEUR DROIT DE PROPRIETE SUR LA CHOSE VENDUE* 110

37) Types de clauses 111
38) Solutions de la jurisprudence française et justification 111

Section III. — *UNE EXCEPTION PRETENDUE A LA REGLE DE L'EGALITE : LA SUBROGATION REELLE AU PREMIER DEGRE* 114

39) Position du problème et solution de la jurisprudence 114
40) Critiques formulées et solution proposée 116
41) Rejet de la solution proposée et des critiques dirigées contre le recours à la subrogation. Approbation de la jurisprudence 117

CHAPITRE III

Les efforts des créanciers chirographaires en vue de se faire reconnaître la qualité de créanciers de la masse 122

Section I. — *LE JEU DE L'ACTION « NEGOTIORUM GESTORUM » DANS LA FAILLITE* 124

42) Rejet de l'action « negotiorum gestorum » à raison de l'absence d'intention de gérer du créancier. 124
43) Impossibilité de recourir à la théorie de la faillite virtuelle 125

Section II. — *LE JEU DE L'ACTION « DE IN REM VERSO » DANS LA FAILLITE* 127

44) Rejet de principe de l'action « de in rem verso » exercée contre la masse par un créancier chirophaire du failli 127
45) Hypothèses où la solution est douteuse 129
46) Maintien du principe du rejet de l'action « de in rem verso » dans les hypothèses envisagées ... 131
I. — *Première série d'hypothèses* : l'action de « in rem verso » est irrecevable en l'absence d'enrichissement de la masse 131
II. — *Deuxième série d'hypothèses* : l'action « de in rem verso » est irrecevable parce que l'enrichissement a été en réalité réalisé par le failli et non par la masse 134

Section III. — *L'EFFET D'UNE NOUVELLE FAILLITE DU DEBITEUR SUR LA QUALITE DE CREANCIER DE LA MASSE D'UNE FAILLITE ANTERIEURE* 137
47) Prétentions des créanciers de la première masse.. 137
48) Rejet des prétentions des créanciers de la première masse 138

CHAPITRE IV

Les efforts des créanciers antérieurs au jugement déclaratif en vue de se faire reconnaître la qualité de créanciers postérieurs au jugement déclaratif 141

49) Solution de la jurisprudence à l'égard des créanciers de dommages-intérêts délictuels 141
50) Critique de la jurisprudence 142

TITRE QUATRIEME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE QUANT AUX BIENS

51) Méfiance du droit français à l'égard des théories allemandes sur les patrimoines d'affectation. — Application à la fortune de mer 144
52) Composition de l'actif du failli. — Rappel..... 147

CHAPITRE I

Affectation des biens du failli au paiement de tous les créanciers indépendamment de la date de la naissance de leur créance

149

Section I. — *L'EFFET ABSOLU DE L'ACTION PAULIENNE* 149

53) Exposé d'une opinion 149
54) Solution de la jurisprudence et justification..... 150

Section II. — *LA NOUVELLE DECLARATION DE FAILLITE DU FAILLI AVANT LA CLOTURE D'UNE PREMIERE FAILLITE* 152

55) Reconnaissance des droits des créanciers nouveaux 152
56) Concours des créanciers anciens et des créanciers nouveaux sur l'actif nouveau. — Justification.. 155
57) Pas de préférence des créanciers nouveaux sur l'actif nouveau 157
58) Droits des créanciers non commerciaux 163

CHAPITRE II

Affectation des biens du failli au paiement de tous les créanciers indépendamment de la date à laquelle ils font valoir leurs droits

164

59) Pas de préférence des créanciers qui ont produit dans les délais légaux 164
60) Pas de préférence au profit du créancier qui, après clôture de l'union, poursuit son paiement sur un bien non compris dans la liquidation 165
61) Pas de préférence au profit du créancier qui poursuit son paiement après clôture pour insuffisance d'actif 167

TITRE CINQUIEME

LE PRINCIPE DE L'EGALITE QUANT AUX ACTES

62) Sort des actes antérieurs à la période suspecte ... 169
63) Sort des actes postérieurs à la période suspecte... 171
64) Sort des actes non expressément visés par le code. 177

CHAPITRE I

L'application du principe de l'égalité aux actes auxquels le débiteur est resté étranger ou n'a pas participé activement

65) *INTRODUCTION* 179

Section I. — *INOPPOSABILITE A LA MASSE DES ACTES PASSES PAR UN CREANCIER PENDANT LA PERIODE SUSPECTE ET AUXQUELS LE DEBITEUR EST RESTE ETRANGER, LORSQU'ILS SONT A LA CHARGE DE L'ACTIF* 180

66) Exposé des solutions de la jurisprudence 180
67) Critique de la jurisprudence 184
68) Moyens susceptibles d'assurer l'égalité 187

Section II. — *VALIDITE DES DECISIONS JUDICIAIRES INTERVENUES PENDANT LA PERIODE SUSPECTE, EN DEPIT DE L'ATTEINTE QU'ELLES PORTENT A L'EGALITE* 190

69) Les solutions de la jurisprudence 190
70) Critique de la jurisprudence 193
71) Obstacle invincible provenant de la règle « Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements » 195

CHAPITRE II

L'application du principe de l'égalité au concordat 198

72) Opportunité d'une discrimination entre les créanciers 199

73) Exemple des législations étrangères et à titre temporaire de la législation française 201
74) Solution du droit français actuel : application du principe de l'égalité au concordat 204
75) Justifications tirées :
a) de la pratique des milieux consulaires et de la jurisprudence 206
b) de la tradition 208
c) de raisons doctrinales 208

CHAPITRE III

Limites à l'application du principe de l'égalité quant aux actes 214

Section I. — *LE RESPECT DE L'EGALITE ENTRE LES CREANCIERS MALGRE LA DIFFERENTIATION DE LEUR TRAITEMENT* 215

76) Conceptions possibles de l'égalité 215
77) La conception française de l'égalité 216
78) Application au concordat de la conception française de l'égalité 218
I. — Clauses concordataires prévoyant un traitement inégal au profit de certains créanciers en vue de leur accorder un dédommagement. 218
II. — Clauses concordataires stipulant le paiement des dividendes aux créanciers en devises étrangères d'après le cours des changes au jour du règlement 219

Section II. — *VALIDITE DES RENONCIATIONS A L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'EGALITE.* 221

79) Renonciations à l'égalité avant la déclaration de faillite (conventions d'antériorité) 222
80) Renonciations à l'égalité après la déclaration de faillite 225
81) Les clauses d'option (variété de clauses de renonciation à l'égalité après déclaration de faillite). 227

Section II. — *VALIDITE DES ACTES PAR LESQUELS UN CREANCIER EST AVANTAGE PAR*

UN TIERS ET D'OU NE RESULTE AUCUNE CHARGE POUR L'ACTIF 229

82) Intervention des tiers avant la déclaration de faillite 230
83) Intervention des tiers après la déclaration de faillite 232

TITRE SIXIEME

LE CONFLIT ENTRE LES PRINCIPES JURIDIQUES ET LA REGLE DE L'EGALITE

84) *INTRODUCTION* 234

CHAPITRE I

L'application de la théorie de la cause, échec de la règle de l'égalité (La compensation entre dettes connexes) 238

85) Le problème de la compensation entre dettes connexes 238
86) Sources de la connexité 239
87) L'explication de la compensation entre dettes connexes par le moyen de la notion de compte. — Critique 240
88) Le fondement réel de la compensation entre dettes connexes : la notion de cause 244
89) La compensation entre dettes connexes et l'exception d'inexécution 246
90) Triomphe en jurisprudence de la notion de cause. 249
91) Droit comparé 251

CHAPITRE II

L'application de la règle de l'égalité, échec de la théorie de la cause (Les conventions de compensation) 253

92) Les conventions de compensation. — Définition.. 254
93) Validité inter partes 255

94) Inopposabilité à la masse des créanciers de l'une des parties en faillite 255
95) Arguments invoqués en faveur de l'opposabilité des conventions de compensation. — Critique. 257

96) *CONCLUSION DU TITRE SIXIEME* 265

DEUXIEME PARTIE

L'inégalité de traitement au profit d'un créancier, moyen de renforcement du crédit du commerçant à l'égard de ce créancier

97) *INTRODUCTION* 269

TITRE PREMIER

LA PROTECTION DU VENDEUR PAR L'INEGALITE

CHAPITRE I

La protection du vendeur par la loi : La revendication des marchandises in transitu 272

98) Adoption en 1807 de la revendication des marchandises in transitu 272
99) Maintien en 1838 pour des raisons de crédit 273

CHAPITRE II

La protection du vendeur par la jurisprudence : Opposabilité à la masse des clauses de réserve de propriété ou de résolution ayant joué avant la déclaration de faillite de l'acheteur 275

100) Exposé de la jurisprudence 275
101) Critique de la jurisprudence 277
102) Opportunité d'après la doctrine d'une extension des droits du vendeur 280

TITRE DEUXIEME

LA PROTECTION DU BANQUIER PAR L'INEGALITE

CHAPITRE I

La protection du banquier, créancier chirographaire 286

103) *INTRODUCTION* 286

Section I. — *LA PROTECTION DU BANQUIER PAR LA LOI* 291

104) Théorie des coobligés 292
105) Soustraction du paiement des effets de commerce au régime de l'article 447 293

Section II. — *LA PROTECTION DU BANQUIER PAR LA COUTUME COMMERCIALE* 295

106) Dérogations à la règle de l'égalité admises par la la coutume 295
I. — *Première catégorie de dérogations* : dérogations à l'interdiction de la compensation .. 295
a) Le compte courant 295
b) La contre-passation au cas où le solde du compte est créditeur au profit du failli avant contre-passation 297
II. — *Deuxième catégorie de dérogations* : dérogations à la réglementation des nullités de la période suspecte 300
a) Non-assimilation des remises à des paiements anticipés du solde 301
b) Validité pour son montant intégral des sûretés constituées en garantie du paiement du solde du compte 301
107) Evolution de la Jurisprudence 302

Section III. — *LA PROTECTION DU BANQUIER PAR LES EFFETS CONJUGES DE LA COUTUME COMMERCIALE ET DE LA LOI* 305

108) La contre-passation des effets échus au cas où le solde du compte est débiteur à la charge du failli avant la contre-passation. — Arguments invoqués pour la justifier 305
109) Critique 310
110) Solutions possibles. Le système du gage 315
111) Système proposé 317

CHAPITRE II

La protection du banquier, créancier gagiste (La clause de revolving warrant) 323

112) Nécessité économique du revolving warrant 323
113) La clause du revolving warrant. — Sa validité d'après la Cour de Cassation 325
114) Critique de la solution de la Cour de Cassation... 327
115) Arguments invoqués pour justifier de la clause de de revolving warrant. — Réfutation 328

CONCLUSION

116) Nature du principe de l'égalité entre les créanciers au regard de la notion d'ordre public et comparaison avec le principe de l'égalité entre les actionnaires 335

BIBLIOGAPHIE 343

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES 363

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES 367